

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

MAURÍCIO RAMIRES

**A INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO
FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA CRÍTICA AO
SINCRETISMO IMPROVISADO ENTRE OS SISTEMAS DE *CIVIL* E *COMMON*
LAW NO BRASIL E UMA PROPOSTA PARA SUA SUPERAÇÃO
HERMENÊUTICA**

**SÃO LEOPOLDO
2009**

MAURÍCIO RAMIRES

**A INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO
FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA CRÍTICA AO
SINCRETISMO IMPROVISADO ENTRE OS SISTEMAS DE *CIVIL* E *COMMON
LAW* NO BRASIL E UMA PROPOSTA PARA SUA SUPERAÇÃO
HERMENÊUTICA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

R173i

Ramires, Maurício

A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial : uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica / Maurício Ramires. – São Leopoldo, UNISINOS, 2009.

142 f.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, BR-RS, 2009.


1. Direito. 2. Filosofia do direito. 3. Teoria do direito.
4. Hermenêutica jurídica. 5. Precedente judicial. 6. Decisão –
Fundamentação. 7. Princípios. 8. Neoconstitucionalismo.
I. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação
em Direito. II. Streck, Lenio Luiz. III. Título.

CDU 340.12

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica**”, elaborada pelo mestrando **Maurício Ramires**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de julho de 2009.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

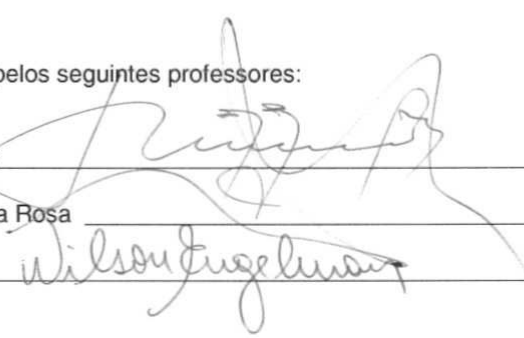
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Alexandre Morais da Rosa

Membro: Dr. Wilson Engelmann



À minha esposa Melissa,
(*"To whom I owe the leaping delight
That quickens my senses in our wakingtime
And the rhythm that governs the repose of our sleepingtime,
The breathing in unison"* – T.S. Eliot, 1958).

Meus mais sinceros agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, que inspirou e orientou cada uma das palavras desta dissertação, pelo acolhimento e pela amizade além do esperado;

Aos Professores deste PPGD, em especial ao Prof. Dr. Ovídio Baptista da Silva e ao Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa, pelas breves, mas valiosas, interlocuções;

Ao Francisco Motta, pela comunhão na luta;

Por fim (mas *muito* importante), ao acaso que pôs na minha vida o André Karam Trindade e a Roberta Magalhães Gubert, dois anjos, sem dúvida.

If precedents must control reason and justice, [...]

I would advise gentlemen very seriously to consider the danger we are in, and examine what precedents there are on each side of the question.

[...] Besides, it must be remembered that precedents in some cases will not excuse a judge.

Jonathan Swift, *Drapier's Letters*, 1724

RESUMO

As facilidades eletrônicas da era da informática; a crescente complexidade e abrangência das matérias jurídicas levadas ao foro; a cultura de passividade dos juristas perante o que ficou dito pelos tribunais; a manufatura de “discursos de fundamentação prévios” para serem acoplados *a posteriori*. Tudo isso convida os juristas brasileiros a substituir a cultura jurídica e o estudo do direito pelas consultas automáticas e instantâneas de precedentes judiciais e de conceitos cristalizados em verbetes jurisprudenciais. Criou-se no país um sincretismo improvisado entre os sistemas de *civil law* e de *common law*: é improvisado porque os casos são arguidos e decididos com base em julgados pretéritos, mas sem o necessário aporte de uma teoria de precedentes e da cultura de fundamentação da decisão judicial. Por consequência, além de se institucionalizar o diletantismo de operadores que muitas vezes não sabem do que estão falando, consagra-se a arbitrariedade da escolha injustificada de uma linha de precedentes ao invés de outra. A invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que traz consigo outros problemas: o encobrimento da verdadeira questão posta no caso presente pelos enunciados vagos dos precedentes e a desoneração do intérprete de instância inferior da tarefa de atribuição de sentido que lhe é inerente. A hermenêutica jurídica vem para rejeitar esses convencionalismos vulgares e salvar o que há de positivo nos precedentes: são importantes elementos da tradição e dão concreção aos princípios constitucionais. Uma resposta principiológica a um caso precedente pode ser utilizada para a integração e a coerência do direito, servindo como indício formal para a próxima resposta também se adequar à Constituição. Para resgatar o papel de tradição/autoridade/historicidade que há nos precedentes judiciais sem resvalar nas armadilhas positivistas ou discursivas, o caminho a seguir é o da *lógica de pergunta e resposta*. Uma aplicação prévia, posta em um precedente, é uma resposta a uma pergunta; essa resposta não pode ser a resposta a outra nova pergunta, e só pode ser compreendida a partir da pergunta para a qual ela é a resposta. Respostas corretas são aplicações principiológicas, de modo que a busca pela pergunta é a busca pela questão de princípio. Precedentes influem sobre a ordem jurídica – no sentido de que estendem sua teia de indícios formais – na medida em que formam um *campo gravitacional* em torno de si. Esse campo deve

ser principiológico porque as argumentações de política são casuístas: somente os argumentos de princípio possuem a dimensão de coerência e integridade que justifica a autoridade dos precedentes. Quando se espera que o direito trate situações similares de maneira coerente (o que orienta a *doctrine of stare decisis* e explica a existência dos campos gravitacionais), está-se pensando na coercitividade geral e íntegra das normas, e rejeitando-se as decisões políticas *ad hoc*. Com a ascendência das constituições democráticas e o neoconstitucionalismo, os precedentes ganham um maior ou menor campo gravitacional na medida em que representam uma aplicação principiológica mais ou menos notável, e de maneira alguma servem para legitimar promulgações judiciais voluntaristas e ativistas.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais. Fundamentação de decisão. Hermenêutica Jurídica. Princípios. Neoconstitucionalismo. Perguntas e respostas em direito.

ABSTRACT

The electronic easiness created by the computer age; the increasing complexity and range of the juridical questions put at bar; the culture of passivity before what was said by the courts; the manufacture of “previous discourses of justification”, ready-mades that wait for later couplings. All these things invite Brazilian jurists to replace the juridical learning and the study of law by the automatic and instantaneous searches for judicial precedents and crystallized legal concepts. An improvised syncretism between the common law and the civil law systems has emerged: it is improvised because cases are argued and decided based on previous decisions, but without the necessary support of a theory of precedent and a culture of justification of the judicial decision. Besides institutionalizing the amateurism of some players who quite often don't know what they are talking about, this state of things acclaims the arbitrariness of the unjustified choice of a line of precedents instead of another. The precedent invocation, in Brazil, has followed a random logic that brings along other problems: the covering of the true problem casted in the present case by the vague phrases taken from past opinions and the exemption of the interpreter from the task of “giving sense”, which is his own. The juridical hermeneutics comes to reject these vulgar conventionalisms and to save the positive elements that the precedents present: they are important elements of tradition and they give concretion to the constitutional principles. An answer of principle to a previous case can be of use to the law as integration and coherence, playing the role of formal indication for the next constitutional-fitted answer. To rescue the tradition/authority/historicity character that the precedents have, avoiding the positivist and discursive traps, the way to go is the *logic of question and answer*, as proposed by Hans-Georg Gadamer. The right answer is the application of principle; therefore, the quest for the question is the quest for the matter of principle put in each case. Precedents exercise their power over the juridical system – in the sense that they project their web of formal indications – in proportion to the projection of a *gravitational force* around them. This force must be based on principles because the arguments of policy are casuistic: only the arguments of principle have the integration and coherence dimension that justifies the authority of the precedents. When people expect the law to treat similar situations in a coherent manner (expectation which guides the doctrine of stare

decisis and explains the existence of gravitational forces), they have in mind the general and complete coercion of the norms, and they reject the *ad hoc* policy solutions. With the ascension of the democratic constitutions and the neoconstitutionalism, a precedent's gravitational force is bigger or smaller as it represents a more or less notable application of principle, and there is no way that it can legitimize the voluntarism and the activism of judicial promulgations.

KEY-WORDS: Precedents. Justification of the judicial decision. Juridical Hermeneutics. Principles. Neoconstitutionalism. Questions and answers in law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A apresentação do problema da fundamentação em precedentes. O que está mal?	18
1.1 <i>A história da exigência de fundamentação da decisão judicial é a história da contenção do arbítrio do julgador</i>	18
1.2 <i>A ausência de fundamentação válida: a arbitrariedade e o confirmation bias na invocação de precedentes judiciais</i>	23
1.3 <i>A “jurisprudência dos conceitos à brasileira”: de como ementas e verbetes jurisprudenciais descontextualizados tornam-se standards objetificados de compreensão</i>	28
1.4 <i>O problema não é exclusivamente do positivismo: os precedentes como “discursos de fundamentação prévios” e “juízos de ponderação prontos”, à espera de “acoplamentos”</i>	36
2 Rompendo com o ecletismo improvisado entre os sistemas de civil e common law. Apresentando a teoria dos precedentes e a possibilidade de sua recepção no Brasil	41
2.1 <i>Civil law e common law. Doctrine of stare decisis</i>	41
2.2 <i>Os precedentes: o fato e o direito, o texto e a norma</i>	47
2.3 <i>Caso presente e caso passado: padrões de identificação a partir de argumentos de princípio</i>	52
2.4 <i>Stare decisis no Brasil? Uma nota sobre os possíveis efeitos de um julgamento do Supremo Tribunal Federal que versa sobre os efeitos de outra decisão do mesmo STF</i>	58
3 O resgate hermenêutico dos precedentes judiciais	66
3.1 <i>Se as decisões não são prolatadas para resolver outros casos, como podem constituir indícios formais para a resposta dos casos futuros? A cláusula de “repercussão geral” e as tentativas frustradas de decidir “fora da história”</i>	66
3.2 <i>Pré-compreensão e tradição. Coerência e integridade</i>	73
3.3 <i>A maneira como o precedente judicial contribui para a integração do direito. Desintegração (fragmentação) e hiperintegração</i>	81
3.4 <i>Trabalhando com precedentes antagônicos</i>	87

4	Interpretação/aplicação hermeneuticamente adequada de precedentes a partir da primazia da pergunta	93
4.1	<i>Perguntas e respostas corretas</i>	93
4.2	<i>Perguntando aos precedentes: o que realmente ficou decidido no caso pretérito?</i>	100
4.3	<i>Perguntando ao caso presente: fazendo identificações e distinções</i>	105
4.4	<i>O que é “abrir” e “seguir” um precedente (ou uma linha de precedentes), de maneira principiológica, a partir da primazia da pergunta</i>	112
	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128
	REFERÊNCIAS DE CASOS	136

INTRODUÇÃO

Caso 1. Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a casa de uma pessoa manifestamente pobre e tentarem furtar objetos com valor estimado em R\$ 100,00 (mais um aspirador de pó, que não chegou a ser avaliado), rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato seria insignificante, e arrima a sua decisão somente em uma ementa de julgado exarado por um Tribunal de Justiça, assim: “Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo provido”. Ao se analisar o acórdão usado como precedente pela magistrada para guiar sua decisão, descobre-se que os dois fatos estão em total incompatibilidade: ao contrário do caso presente (em que os agentes foram presos depois de *invadirem residência alheia*, o que por si já configuraria o crime do artigo 150 do Código Penal, se não estivesse consumido pela tentativa de furto), o aresto pretérito dizia respeito a uma subtração praticada por empregada doméstica na residência de classe média onde trabalhava, e a *res furtiva* limitava-se a uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos.¹

Caso 2. Um juiz, ao ter sob sua apreciação uma discussão sobre a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, dá razão ao contribuinte que sustentava a inconstitucionalidade da lei estadual que estabelecia alíquotas progressivas para o imposto, e, refutando as alegações do estado-membro, declara que a única alíquota aplicável é a menor de todas as previstas na lei (de 1%). Para fundamentar a posição, cita julgado do Supremo Tribunal Federal: decisão monocrática com data de 16/03/2006, prolatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no âmbito do Agravo de Instrumento 581154/PE. Aqui, a adequação do caso passado ao problema presente é perfeita; trata-se efetivamente de idêntica questão jurídica, e o julgador monocrático apenas repete o que ficou dito pela Corte Suprema. Contudo, o que o magistrado deixa de fora é o fato de que outro ministro do mesmo STF, na mesma época, proferiu decisão sobre

¹ Episódio mencionado por Lenio Streck, em *Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006, p. 170-174.

a mesma matéria, mas em sentido diametralmente oposto, declarando que a progressividade das alíquotas do ITCD não fere a Constituição Federal (decisão monocrática do Ministro Eros Roberto Grau, no Recurso Extraordinário 411943/RS, datada de 15/05/2006). Uma vez que o Tribunal em questão não *consolidou* a problemática, no sentido de que claramente não há uma reiteração de decisões similares em um mesmo sentido, como se justifica a preferência da instância inferior por um dos precedentes isolados da Corte (como fundamentação única de sua posição), relegando-se aquele que afirma o seu exato contrário?

Caso 3. Ao ver-se perante o Tribunal do Júri, para ser julgado por um homicídio consumado, o réu declara que estava a receber violentos socos e pontapés por parte da vítima, pessoa maior e mais forte que o acusado; não tendo alternativa para fazer cessarem os golpes, diz ele, puxou a faca que portava e atingiu o seu alçóez no abdômen, causando-lhe a morte. Ao sustentar o pedido de condenação em suas alegações orais, a promotora de justiça invoca um verbete jurisprudencial retirado de um Código Penal comentado, que diz isto, e somente isto: “TJSP: ‘Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas, não correndo risco a vida do réu, de molde a justificar sua violenta reação, aquele eliminado com uma facada’ (RT 548/308)”.² As circunstâncias do fato para o qual o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu essa decisão não são mencionadas ou questionadas. Na peroração da acusação, a pequena frase, retirada do seu contexto original, torna-se um conceito primordial apto a revogar o direito de alguém se defender com uma faca contra um agressor desarmado, em qualquer circunstância, tornando-se irrelevante apreciar as especificidades do caso concreto.

Caso 4. Um magistrado sempre entendeu possível a prisão civil do depositário infiel que recebera o bem em alienação fiduciária. Muito embora houvesse reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça sustentando que tal modalidade de prisão era incabível no sistema jurídico brasileiro (e.g., REsp 7943/RS e REsp 2320/RS), o juiz sucessivamente embasava suas decisões no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade da segregação (e.g., HC 81319/GO e RE 206482/SP). O julgador era constantemente confrontado com argumentos de cunho constitucional contra as prisões que decretava, como os de que os tratados constitucionais assinados e ratificados pelo Brasil haviam restringido o alcance da prisão civil à do devedor de

² Mirabete, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224.

alimentos (Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, ao qual o Brasil aderiu em 1990; Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada ainda em 1948, em Bogotá, Colômbia), e que essas normas tinham *status* constitucional e aplicação imediata (artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal). Entretanto, continuava firme: se a maioria do STF julgava que a legislação ordinária que previa a prisão civil do depositário infiel não era inconstitucional, era porque não era. Quando, em 03 de dezembro de 2008, o Plenário do STF concluiu o julgamento dos Recursos Extraordinários 349703/RS e 466343/SP, alterando sua jurisprudência e finalmente estendendo a garantia da vedação da prisão civil por dívida a depositários infieis – em processos movidos por bancos contra devedores que tomaram bens em alienação fiduciária –, o juiz também passou a negar os pedidos de prisão feitos pelas instituições financeiras. O fundamento da negativa? A simples menção aos novos julgados do Supremo.

Os casos relatados acima vêm ao propósito de introduzir e ilustrar duas noções fundamentais para a compreensão deste trabalho.

A primeira é a de como o sistema jurídico brasileiro – do qual se diz ser originário da tradição romano-germânica e, por conseguinte, fundado na lei escrita e promulgada pelo Estado – está permeável à utilização de precedentes judiciais na fundamentação das decisões. Há varias razões para isso. Uma delas é consolidação paulatina da noção profana de que, na medida do possível, “casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes”, como expressão da “justa relação entre as coisas” que está na própria origem do conceito de direito.³ Mas não é só. Outro fator que muito colabora aqui é a inédita facilidade de acesso aos repertórios jurisprudenciais dos diversos tribunais do país, propiciada pelas recentes inovações tecnológicas; tornou-se muito fácil encontrar “respostas” para dilemas jurídicos através de consultas em mecanismos eletrônicos de busca de julgados na Internet, bastando para isso digitar algumas palavras-chave e clicar um botão.

Outras causas do fenômeno são um pouco mais intrincadas. Também atua no imaginário dos juízes uma tentação de se desobrigar de formar convicção acerca das tão variadas questões jurídicas que são trazidas ao foro nesta sociedade

³ É André-Jean Arnaud quem aponta que a palavra latina *jus*, traduzida normalmente como *direito*, até o fim da Idade Média não significava mais do que “uma justa relação entre as coisas” (*O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44).

complexa, o que os leva a decidir repetindo os argumentos já assentados nos pretórios superiores. Comportam-se, assim, como “órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o caminho” da interpretação do direito⁴, em um mecanismo pelo qual os precedentes dos tribunais superiores acabam funcionando como “discursos prévios de fundamentação” para resolver os assim-chamados “casos difíceis” por mero “acoplamento de sentido”. É uma realidade contra a qual já imprecava Luís Alberto Warat, a partir da noção do “sentido comum teórico dos juristas”: um sistema de produção de subjetividade que coloca os juristas na posição de consumidores dos modos instituídos dos sentidos jurídicos.⁵ E não se pode deixar de mencionar, nesta etiologia, o caótico sistema recursal vigente no Brasil, que tende a concentrar a verdadeira autoridade judiciária nos seus tribunais centrais, produzindo no meio jurídico uma cultura de passividade frente ao poder político.⁶ Em outras palavras, o fato de que praticamente todas as decisões prolatadas pelos juízes são revisadas nos órgãos recursais cria a impressão de inutilidade de se produzir decisões que não estejam adequadas ao pensamento dos tribunais superiores, pois estas serão, inevitavelmente, reformadas quando chegarem a eles.⁷

Com isso, a práxis judiciária brasileira de certa forma se aproxima daquela da *common law*, sistema jurídico baseado na tradição produzida pelos seus juízes. E, aqui, aporta-se na segunda das noções preliminares para o entendimento deste estudo mencionadas acima: a de que os juristas brasileiros não estão preparados para isto. Conforme se pretendeu demonstrar com os casos citados *supra*, a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e

⁴ Streck, Lenio Luiz. A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das súmulas. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII. Coimbra, 2006, p. 214-215.

⁵ *Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 69.

⁶ Sobre isso, v. Baptista da Silva, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. X, sob o título Os Recursos: Viés Autoritário da Jurisdição.

⁷ Exemplificando, v. o que ficou dito quando do julgamento da Apelação Cível n. 70010619468 pela 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1º/02/2005, no âmbito da qual se discutia a revisão judicial de juros em contratos bancários. É um trecho da decisão monocrática, prolatada pelo Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa: “Em face da uniformização praticada pelo STJ, no mês de março do ano de 2003, a 20ª Câmara Cível entendeu de alinhar sua orientação quanto aos temas aqui debatidos com o entendimento cristalizado naquele Tribunal, por efeitos pragmáticos. Até porque insistir em orientação [contrária à] consolidada pelo Tribunal Superior encarregado de interpretar o direito federal implica teimosia, coisa diversa da persistência. Esta é virtude, aquela, defeito”.

ao norteamericano. Sequer os rudimentos da teoria de precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas.

Cada exemplo mencionado na abertura deste texto tem um elemento simbólico importante, e aponta para um dos principais problemas que se enfrenta com esse estado de coisas: a rejeição da denúncia pelo crime de tentativa de furto qualificado representa o perigo do *encobrimento do caso presente no enunciado vago do caso precedente*; a invocação do verbete no Tribunal do Júri simboliza a *objetificação metafísica dos conceitos jurídicos*; a decisão acerca da progressividade do tributo ilustra a legitimação da *arbitrariedade judicial na escolha não fundamentada de um precedente isolado ao invés de outro que diga o seu oposto*, o que é particularmente nocivo em um meio jurídico onde existem precedentes para todos os gostos e adequados a quaisquer necessidades. Por fim, a alteração de entendimento do juiz de primeiro grau a partir das oscilações da jurisprudência do Supremo acerca da prisão civil exprime a tomada dos julgamentos dos tribunais principais como “consensos” formados em “locais de fala” privilegiados, hipótese em que os precedentes se tornam “*discursos de fundamentação*” que podem ser aplicados posteriormente, desonerando o intérprete de instância inferior da tarefa de atribuição de sentido.

É aqui que entra o aporte da hermenêutica jurídica. Isso porque não se pode simplesmente propor aos juristas que passem a ignorar o que é dito pelos tribunais, recomeçando de um *grau zero* cada interpretação que lhes é exigida. Precedentes jurisprudenciais são úteis para a compreensão do fenômeno jurídico (uma vez que são, por definição, textos jurídicos datados e contextualizados), e é válido e saudável que sejam invocados para demonstrar a viabilidade de uma determinada interpretação. São importantes elementos da tradição e muitas vezes têm o condão de dar concreção aos princípios constitucionais: uma resposta principiológica a um caso precedente pode ser utilizada para a integração e a coerência do direito, servindo como indício formal para a próxima resposta também se adequar à Constituição. Para isso se dar, contudo, é preciso abandonar o objetivismo do texto e o subjetivismo do intérprete, adotando a hermenêutica como superação do positivismo e de seu modelo subsuntivo (caso-regra, particular-universal), e também

das teorias discursivas do direito e sua típica cisão entre “discursos de fundamentação” e “discursos de aplicação”.

A hermenêutica jurídica é o cabedal que pode resgatar o papel da tradição/autoridade e da historicidade que há nos precedentes judiciais sem resvalar nas armadilhas positivistas ou discursivas. No presente estudo, procura-se demonstrar como o caminho para uma adequada interpretação/aplicação dos precedentes judiciais passa necessariamente pela *lógica de pergunta e resposta*, nos termos propostos por Hans-Georg Gadamer, e como a busca pelas respostas corretas em direito (conforme preconizam Ronald Dworkin e Lenio Streck), no que se refere a esses precedentes, exige que se façam também as *perguntas corretas*, tanto aos casos presentes quanto aos julgados passados.

No primeiro capítulo, discorre-se sobre *o que está mal* na práxis jurídica brasileira no que se refere à invocação de precedentes judiciais. O segundo capítulo, por sua vez, procura estabelecer um *rompimento* com o ecletismo improvisado entre os sistemas, apresentando a teoria dos precedentes e a possibilidade de sua recepção no Brasil. O terceiro capítulo versa sobre o *resgate hermenêutico dos precedentes judiciais* e, por fim, o quarto capítulo trata da sua *interpretação/aplicação hermeneuticamente adequada*, a partir da *primazia da pergunta*.

1 A apresentação do problema da fundamentação em precedentes. O que está mal?

1.1 A história da exigência de fundamentação da decisão judicial é a história da contenção do arbítrio do julgador

O ponto de partida da discussão que aqui se apresenta deve ser estabelecido na obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, entendida em seu sentido contemporâneo, de garantia contra o arbítrio e a discricionariedade do juiz. Se hoje essa exigência é óbvia, ela nem sempre acompanhou os sistemas jurídicos ao longo da história. Há divergência entre os historiadores do direito quanto à sua necessidade no direito romano⁸, e o instituto era naturalmente estranho aos julgamentos baseados nas ordálias ou *juízos de Deus* do direito bárbaro germânico da alta idade média. Foi após a abolição das ordálias pelo Concílio de Latrão, em 1215, que passaram a surgir alusões aos motivos das decisões no direito canônico, muito embora a prática se limitasse a breves referências à constatação de fatos, à ouvida de testemunhas ou à confissão de uma parte, além de não ser recomendada pela doutrina por “dificultar a aplicação da justiça”.⁹

Nas monarquias absolutistas instauradas na Europa a partir do século XIV, as decisões judiciais também eram, de regra, imotivadas, e pela mesma lógica que inspirava as ordálias: o julgamento, que cabia ao rei soberano, era tão infalível quanto o juízo divino, e a autoridade do julgador fazia presumir a ausência de qualquer defeito na conclusão a que ele chegava.¹⁰ Ainda que existisse, de forma pontual, uma exigência de esclarecimento de motivos em alguns sistemas jurídicos da época, ela se destinava apenas a propiciar a revisão da decisão por um julgador sobreposto, quase sempre o próprio monarca.

⁸ Alguns negam a sua existência, enquanto outros a limitam à *cognitio extra ordinem*, cuja previsão de recurso obrigava o julgador da instância inferior a explicitar as razões de sua decisão para possibilitar a revisão pelo órgão julgador superior. Sobre isso, v. Villar, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, *Cuadernos de Historia del Derecho*. Madrid, 1995.

⁹ Gomes Filho, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

¹⁰ Sanchís, Luis Prieto. Motivazioni delle Decisioni Giuridiche e Certezza del Diritto. *Studi Senesi – Rivista dell'Università degli Studi di Siena*, vol. 3-1994. Siena, 1994, p. 404.

No campo filosófico, a necessidade de o juiz fundamentar sua decisão foi sustentada por Francis Bacon, já em 1623, na obra *De Dignitate et Augmentis Scientiarum* (“Sobre a Dignificação e o Progresso das Ciências”). No aforismo XXXVIII da Seção VIII, o pensador britânico já adiantava como a declaração das razões de uma sentença judicial, assim como a sua publicidade, é uma necessária limitação de poder: “*Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant, idque palam atque astante corona, ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum*”.¹¹

O fundamento primeiro da necessidade de se proceder a decisões públicas e motivadas, claro, era a nascente possibilidade de desconfiança dos destinatários da atividade judicial sobre os juízos provindos das autoridades: agora humanas e, pois, falíveis. Para Jeremy Bentham, o primeiro a rejeitar a confiança cega em seus veredictos deveria ser o próprio julgador, pois a melhor forma de cortar qualquer causa de suspeição às decisões é sujeitá-las à “voz pública”:¹²

I can scarcely conceive, that judges should be found, who, in the exercise of such rigorous functions as the judicial are, can voluntarily deprive themselves of the mighty support of public opinion; I can scarcely conceive, how they can dare to use such language as this: ‘Trust blindly to my integrity; I am above the reach of temptation, or error, or weakness; I am my own security; repose implicit faith in my more than human virtues’. The true honour of a judge consists in never demanding a confidence like this, in refusing it even when it is offered to him, in putting himself above suspicion, by cutting off every cause of suspicion, in placing his virtue and his conscience under the care of the public voice.

No âmbito legislativo, foi com a publicação do *Codex Fridericianus Marchicus*, em 1748, pelo rei Frederico II da Prússia, que a fundamentação da sentença passou a ser obrigatória em um sistema jurídico, além de mais claramente destinada

¹¹ “Que os decretos não se profiram silenciosamente; mas que os juízes deem as razões de suas sentenças, abertamente e diante da Corte, de sorte que mesmo aquilo que seria livre do ponto de vista do poder seja circunscrito pela reputação e pela opinião”. (*The Works of Francis Bacon Collected and Edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis & Douglas Denon Heath*. Boston: Brown & Taggart, 1862, vol. III, p. 148). A tradução deste trecho, assim como a de todos os seguintes em que a referência é feita ao original em língua estrangeira, é de responsabilidade do autor desta dissertação.

¹² “Eu mal posso conceber que haja juízes que, no exercício de tão rigorosas funções como as judiciais, possam voluntariamente se privar do poderoso apoio da opinião pública. Eu mal posso conceber como eles ousam usar este tipo de linguagem: ‘confiem cegamente em minha integridade; estou acima do alcance da tentação, do erro ou da fraqueza; eu sou minha própria segurança; deponham implícita confiança em minhas virtudes sobre-humanas’. A verdadeira honra de um juiz consiste em jamais exigir uma confiança assim, em recusá-la mesmo quando oferecida a ele, em pôr a si mesmo acima de suspeita, por cortar qualquer causa de suspeita, em colocar sua virtude e sua consciência sob o cuidado da voz pública”. (*A Treatise on Judicial Evidence*. London: Baldwin, Cradock & Joy, 1825, p. 72).

também às partes.¹³ Esse diploma legal, típico do período do despotismo esclarecido, determinava ao relator de um julgamento que redigisse uma proposta de decisão contendo a exposição das questões controvertidas e as *rationes decidendi* e *dubitandi* da solução por ele sugerida, para ser submetida ao colégio de julgadores. O próprio texto legal informava a finalidade dessas regras de fundamentação: evitar divergências na interpretação das partes a respeito da decisão e permitir ao eventual órgão recursal o melhor conhecimento do caso.¹⁴

Com o advento do iluminismo e a formação do Estado moderno, a motivação da decisão judicial ganhou outros contornos. A Constituição do ano III da França revolucionária, já embebida em racionalismo iluminista, assim prescrevia, em seu artigo 208: “*Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*”. Inscrevia-se assim em um texto constitucional a necessidade de fundamentação dos julgados, mas com a ressalva de que ela se daria “enunciando os termos da lei aplicada”. Decidir era um ato de “dizer a lei”. Foi no mesmo espírito que se seguiram as codificações do séc. XIX: a motivação obrigava o juiz a declarar a “vontade da lei” e nada mais. Era a busca de segurança através da suposta neutralidade da lei, que depois constituiria também o ideário do Estado Industrial.¹⁵

A motivação das decisões nesse período, contudo, já era uma evolução no sentido de exigir do juiz alguma vinculação à lei positivada. Norberto Bobbio narra como, no medievo, o juiz (entendido como qualquer terceiro que intervinha entre dois sujeitos em conflito para solver a contenda) tinha discricionariedade nas suas escolhas, em razão da pluralidade das fontes do direito:¹⁶

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias, tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão, segundo princípios da razão natural.

Quando surge o Estado moderno, as leis ganham foros de “atos da vontade geral”, à qual até mesmo o príncipe está subordinado, “pois que ele é membro do

¹³ Gomes Filho, *A Motivação...*, *op. cit.*, p. 57-58.

¹⁴ Taruffo, Michele. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 29(2). Padova, 1974, p. 273-274.

¹⁵ Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁶ Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

Estado”.¹⁷ No mesmo passo, o juiz também passa à condição de funcionário do Estado, naturalmente subordinado à legislação. Prossegue Bobbio dizendo que¹⁸

o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias, sobretudo segundo as regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo [...], possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado.

Nesse terreno, a função da motivação da sentença no período iluminista-positivista era o zelo pela observância da lei, limitando o arbítrio dos juízes e reafirmando a supremacia do legislativo. As decisões cujas motivações não se adequavam ao novo regime eram cassadas, e não por acaso o *Tribunal de Cassation* da França revolucionária funcionava junto ao Poder Legislativo.¹⁹

Foi com o (neo)constitucionalismo do segundo pós-guerra do século XX, porém, que a motivação das decisões judiciais ganhou o seu *status* atual de verdadeira garantia democrática. A nova ordem política surgida nessa época exigiu a rediscussão do papel do Estado e da democracia; tornou-se insuficiente a noção de democracia como vontade da maioria, típica dos modernos. Lenio Streck aponta que foi a partir da experiência negativa da legitimação do nazifascismo pela vontade da maioria que o novo constitucionalismo acabou por confiar “à justiça constitucional a guarda da vontade geral”.²⁰ A democratização, fruto do desabamento de variados regimes autoritários/ditatoriais, trouxe “à luz Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais”.²¹ Essas Constituições redimensionaram a relação entre os poderes de Estado, e conferiram um novo papel ao Poder Judiciário. Não por acaso, positivaram também a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, agora sob uma nova perspectiva.²²

¹⁷ Rousseau, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995, Livro II, Cap. VI, p. 48.

¹⁸ *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 28-29.

¹⁹ Calamandrei, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920, vol. 1, p. 420-428.

²⁰ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39.

²¹ *Idem, ibidem*.

²² É verdade que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, não continha expressamente uma exigência geral de motivação das decisões judiciais. Apenas determinava – no artigo 104, §3º – que o juiz deveria indicar as causas de uma espécie de decreto de prisão. Porém, a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) acabou por declarar que as exceções ao dever de motivar são inconciliáveis com o princípio do Estado Democrático, invalidando as regras do *Zivilprozessordnung* que dispensavam a motivação. Sobre isso, v. Trocker, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 462.

A Constituição italiana de 1947 trouxe em seu corpo uma seção dedicada às “*norme sulla giurisdizione*”, e, nela, o comando seguinte: “*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*” (parte do artigo 111). A Carta espanhola de 1978 instituiu que “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*” (artigo 120, n. 3). A Constituição portuguesa, no texto original de 1976, omitiu-se no ponto. Contudo, o texto foi emendado, e, após sete revisões constitucionais, hoje traz a seguinte disposição: “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei” (artigo 205º, n. 1). No Brasil, é o artigo 93, IX, da Constituição de 1988 que estabelece: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Desde cedo, alguns juristas chamaram a atenção para o papel dessas disposições nas novas ordens constitucionais de seus países, verificando que a obrigatoriedade de fundamentar é “um princípio instrumental à plena atuação de outros princípios constitucionais”.²³ Michele Taruffo destacava a possibilidade de controle democrático sobre a maneira como se administra a justiça: não apenas um controle processual, típico do sistema de impugnações, mas um controle generalizado e difuso por parte do povo em nome do qual a decisão é pronunciada.²⁴ Luigi Ferrajoli catalogou o instituto como a “última garantia processual, que tem o valor de uma garantia de fechamento” de seu sistema garantista (SG).²⁵ Já o português J.J. Gomes Canotilho, comentando o dispositivo contido na Constituição de seu país, afirmou tratar-se de um limite à independência do juiz no exercício de sua função, necessário para que seu poder não se torne “silencioso, opaco e incontrolável”.²⁶ O objetivo do instituto, pois, é excluir o caráter voluntarista e subjetivo da atividade jurisdicional.²⁷

Também os principais tribunais do mundo já reconheceram a especial importância contemporânea da motivação das decisões judiciais. Por todos, pode-se citar o exemplo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ECHR/CEDH), para o

²³ Observação de Paolo Caretti sobre o referido artigo da Constituição italiana, *apud* Gomes Filho, *A Motivação...*, *op. cit.*, p. 67.

²⁴ *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 406-407.

²⁵ *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497.

²⁶ *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 759.

²⁷ *Idem, ibidem*.

qual a fundamentação do julgado é um direito fundamental a um processo equitativo.²⁸

É assim, portanto, que é preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática. É freio ao arbítrio; a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão.²⁹ É uma necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente.³⁰

1.2 A ausência de fundamentação válida: a arbitrariedade e o confirmation bias na invocação de precedentes judiciais

Compreendida a importância da fundamentação na tradição constitucional e democrática, é preciso diferenciar, agora, a fundamentação válida das suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma

²⁸ ECHR/CEDH 1994/494, *Ruiz Torija c. Espagne*, 09/12/1994; ECHR/CEDH 1994/495, *Hiro Balani c. Espagne*, 09/12/1994; ECHR/CEDH 1998/869, *Higgins et autres c. France*, 19/02/1998; ECHR/CEDH 1999/3, *Garcia Ruiz c. Espagne*, 21/01/1999.

²⁹ Cf. Gomes Filho, *A Motivação...*, *op. cit.*, p. 132; Carrió, Genaro. Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa. *Revista Juridica de Buenos Aires*, n. 1. Buenos Aires, 1959, p. 85-129; Ricoeur, Paul. Diritto, interpretazione, applicazione – conclusioni della Tavola rotonda “Arte e limiti dell’interpretazione: dal diritto all’ermeneutica, dall’ermeneutica al diritto”, Padova, 17/10/1995. *Ars Interpretandi – Annuario di Ermeneutica Giuridica*, n. 1. Padova, 1996, p.191-198.

³⁰ Não se pode confundir, porém, o saudável controle da opinião pública sobre os provimentos do Judiciário – aquele decorrente da fundamentação e transparência dos julgados – com outra coisa, definitivamente indesejável, que se pode chamar de “populismo jurisdicional”. Este se caracteriza pela submissão dos juízes à pressão popular, à “voz das ruas”, que pode ser tão naturalmente volúvel quanto artificialmente manipulável. É preciso ter sempre em conta que a atividade jurisdicional exerce a função contramajoritária em uma democracia; a adoção da consulta direta à “vontade popular” como fundamento das escolhas dos juízes é a introdução de uma instância decisória ilegítima no Estado de Direito, que acabaria, na prática, por suprimir a atividade jurisdicional. Acerca disso, v. Gomes Filho, *A Motivação...*, *op. cit.*, p. 81; Giuliani, Alessandro & Picardi, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 175; Devillé, Anne. Opinion(s). In: Arnaud, André-Jean *et alli* (orgs.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. Ed. Paris: LGDJ, 1993, p. 414-415.

legal”.³¹ A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que “jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’”.³² Essa escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado³³, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente.³⁴

É por isso que se diz que a exigência de fundamentação nem precisaria estar expressa no texto constitucional para configurar uma inarredável garantia política contra o arbítrio judicial, uma vez que ela, corretamente compreendida, decorre de forma direta do princípio do contraditório. Isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também o de obter “respostas” a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes: vencido e vencedor.³⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, através de voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no âmbito do Mandado de Segurança 24268/MG, já registrou que o dever de fundamentar as decisões deriva diretamente da obrigação de considerar as razões apresentadas, conforme já havia reconhecido o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE 11, 218). Na ocasião, o Min. Gilmar discorreu sobre a importância e a dimensão do princípio do contraditório a partir de uma análise da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 70, 288-293) sobre a chamada “pretensão à tutela jurídica” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), apontando que a garantia em questão (que no Brasil corresponde àquela insculpida no artigo 5º, LV, da CF) contém os seguintes direitos: (a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o julgador a informar sobre os atos praticados e sobre os

³¹ Baptista da Silva, Ovídio. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *Direito, Estado e Democracia, Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 4. Porto Alegre, 2006, p. 334.

³² Da Interpretação..., *op. cit.*, p. 167.

³³ Baptista da Silva, Fundamentação..., *op. cit.*, p. 334.

³⁴ *Idem*, Fundamentação..., *op. cit.*, p. 335 *et passim*.

³⁵ *Idem*, Fundamentação..., *op. cit.*, p. 338.

elementos do processo; (b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura à parte que se manifeste sobre os elementos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O voto faz lembrar que a obrigação de conferir atenção ao direito das partes “não envolve apenas o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)”.³⁶

Assim, para uma motivação ser completa e corresponder à pretensão à tutela jurídica, o julgador, além de confirmar por *modus ponens* as hipóteses do vencedor, deve negar por *modus tollens* o alvitre do vencido.³⁷ No dia-a-dia do foro, contudo, é infelizmente frequente que se vejam decisões que simplesmente afirmam a preferência do julgador por uma das soluções possíveis, sem se preocupar com as razões que a neguem.³⁸ Tais decisões são tanto mais comuns porquanto objetificam a interpretação, possibilitando ao intérprete “sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido”, podendo colocar no legislador ou nos julgadores de superior instância (elaboradores da jurisprudência) o ônus das anomalias do direito. “Esfumaça-se, pois, a ética no discurso jurídico”.³⁹

Carlos Maximiliano já adiantava a crítica ao comportamento conveniente dos profissionais do direito na invocação de precedentes judiciais no Brasil:⁴⁰

Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repositórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm êxito esplêndido de livraria.

É de lembrar que o autor teceu tais comentários ainda no início do século XX. Não podia sequer imaginar o que se seguiria, com as facilidades eletrônicas da era contemporânea. Hoje, o acesso aos repositórios de jurisprudência de qualquer

³⁶ A referência a este voto do Min. Gilmar Mendes e à sua importância para a compreensão da dimensão do princípio do contraditório no Brasil foi originalmente feita por Lenio Streck, na 3ª edição de seu *Verdade e Consenso* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 557-558).

³⁷ Ferrajoli, *Direito e Razão*, *op. cit.*, p. 498.

³⁸ Baptista da Silva, *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 339.

³⁹ Streck, *Da interpretação...*, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁰ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 181.

tribunal é automático e instantâneo. A consulta ao “índice alfabético” foi substituída por outra ainda mais fácil: a busca por palavras-chave no computador. A prática judiciária brasileira consagra, dia a dia, a mordaz frase atribuída ao jornalista norte-americano H.L. Mencken: “Para cada problema complexo existe uma resposta que é clara, simples, e errada”.⁴¹ Maximiliano e os demais autores bem-intencionados, mas profundamente enraizados no paradigma positivista de direito, muito embora manifestassem alguma reticência com alguns aspectos mais evidentes do problema, nunca chegaram a compreender a sua real dimensão.

No positivismo jurídico, o que propicia a simulação de fundamentação com base em uma simples consulta descompromissada e ajuda-a a passar como trabalho jurídico consistente é a amarração do resultado obtido pelo intérprete em um “método” de interpretação dentre os tantos apresentados pela dogmática clássica. Diz-se que a interpretação pode ser “gramatical”, “teleológica”, “sistemática” etc., em uma tentativa de reduzir a interpretação a uma técnica objetiva. Quando o julgador se apoia em um dos métodos para demonstrar a perfeição do resultado a que chega, não faz mais do que uma escolha arbitrária e não-justificada. Isso porque, como denunciou Streck, não existe e não pode existir um metacritério, como regra que estabeleça qual o método adequado a ser utilizado (um *Grundmethode*, na paráfrase que o autor faz da *Grundnorm* de Hans Kelsen, que seria, na doutrina do jurista alemão, a norma fundamental que gravita sobre todas as outras e lhes confere validade).⁴²

Nesses termos, o apego aos métodos é o modo de tentar legitimar a espécie de explicação da decisão judicial tratada acima: “Defiro com base no precedente Z”. Isso porque, no modelo de direito de cariz metodológico, os casos a serem julgados assumem o papel de *significados*, enquanto que as definições jurídicas (originadas das súmulas, dos acórdãos, das ementas etc.) funcionam como seus *significantes*. Segundo Streck, o Direito assim “retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular”.⁴³ Ou seja, a tarefa interpretativa, sob a ótica do pensamento dogmático, apresenta-se como um

⁴¹ No original: “For every complex problem there is an answer that is clear, simple, and wrong”. Trata-se de uma frase que faz parte da cultura oral dos EUA; a referência original a respeito de quando ou onde foi dita pela primeira vez perdeu-se no tempo.

⁴² *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 312.

⁴³ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 313.

silogismo, no qual a premissa maior (pressuposto geral-abstrato) pode ser a “gramática”, o “fim social”, o “sistema jurídico” e assim por diante. O sustentáculo da “correção” do silogismo é o método, “supremo momento da subjetividade”.⁴⁴

Como é autoevidente, esse modelo subsuntivo-dedutivo preocupa-se apenas com a instrumentalidade da decisão; estabeleceu-se (tacitamente, ao menos) que uma vez que a conclusão decorra adequadamente das premissas, tem-se ela por válida. Não há cuidado com os fatos, não há preocupação com a arbitrariedade das escolhas dos “universais”. Ora, se tanto o método “gramatical” quanto o “sistemático” ou o “teleológico” podem ser fundamento do rigorismo do raciocínio, a solução carece de justificação na opção por um método ao invés do outro.⁴⁵

Só assim é possível que alguém pretenda fundamentar uma decisão fazendo uma dedução simples entre o caso presente e as razões usadas para decidir um caso passado. A jurisprudência é tida por “fonte do direito”, ao lado da lei, dos costumes e dos “princípios gerais”. Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitos como “universais”. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o “método jurisprudencial”. E, se a menção isolada de texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal.

O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as “necessidades”. O perigo é o de legitimar o *confirmation bias*, definido por Michele Taruffo como aquela “*distorsione del ragionamento per la quale, individuata a priori una versione dei fatti, si tende a tener conto solo de ciò che la conferma e trascurare*

⁴⁴ *Hermenêutica jurídica e(m) crise, op. cit.*, p. 312, nota 553.

⁴⁵ A superação desse modelo veio na crítica aguda de Friedrich Müller, que apontou para a comunidade jurídica o fato singelo de que toda a interpretação deve ser ao mesmo tempo gramatical, teleológica e sistemática, uma vez que: (a) toda norma tem o seu texto autenticamente fixado, que não pode ser compreendido sem o aporte da gramática; (b) qualquer norma pode ser questionada com vistas à sua finalidade; (c) nenhuma norma representa apenas a si mesma, pois sempre estará relacionada com o todo do ordenamento jurídico (*Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 68/69).

tutto ciò che la contraddice".⁴⁶ A aplicação desse “raciocínio distorcido” amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe “livremente” (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir a “confirma” com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convêm à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que a infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional.

1.3 A “jurisprudência dos conceitos à brasileira”: de como ementas e verbetes jurisprudenciais descontextualizados tornam-se standards objetificados de compreensão

No Brasil, o ensino jurídico e a prática do direito são historicamente preocupados com a norma e, com a completa ausência de análise pedagógica de casos⁴⁷, os intérpretes desenvolveram um distanciamento dos fatos aos quais as normas se destinam.⁴⁸ O resultado disso é que a “norma torna-se ‘fato’, a ser investigada como fato”.⁴⁹ O que também contribui bastante para o alheamento do direito em relação aos fatos são as regras sobre os recursos especiais e extraordinários, no âmbito dos quais é vedada a (re)discussão dos fatos alegados e provados, cindindo-se os julgamentos às “questões de direito”, mais especificamente da “vigência” de lei federal ou da Constituição.⁵⁰

⁴⁶ “distorção do raciocínio pela qual, individualizada *a priori* uma versão dos fatos, tende-se a ter em conta somente aquilo que a confirma e a negligenciar tudo o que a contradiz”. La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil Genesis*, n. 31. Curitiba, 2004, p. 336-337.

⁴⁷ Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, *op. cit.*, p. 37. Lá, o autor discorre sobre as razões históricas do fenômeno, principalmente a arraigada noção de que ao verdadeiro jurista só é digno o estudo “científico” do direito, através da lei e dos tratados, sendo considerado “charlatanismo” ou “falsa ciência dos rúbulas” o estudo de casos concretos.

⁴⁸ A influência que o modelo de ensino jurídico nas cátedras universitárias exerce na prática jurídica também é destacada por Ronald Dworkin, que refere que o ensino através do sistema de casos, introduzido na Universidade Harvard pelo reitor Christopher Columbus Langdell no final do século XIX, transformou o direito norteamericano (*Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 333).

⁴⁹ Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁰ Sobre isso, v. Baptista da Silva, Ovídio. Questão de Fato em Recurso Extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 13. Porto Alegre, 2006, pp. 79-97.

Disso decorrem consequências nefandas, que atuam em relação circular: a produção jurídica mais “autorizada” é aquela dos tribunais superiores, por força da concentração de poder imposta pelo sistema recursal; por isso, também é ela a mais estudada e citada; como os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça desconhecem os fatos, também o estudo jurídico e a doutrina os ignoram. Como resultado, surgem uma teoria e uma prática independentes da realidade que os solicita, separando com isso o direito da realidade social e histórica.⁵¹

O que no mais das vezes ocorre é a “separação cirúrgica” entre o fato e o direito, com o esquecimento ou o encobrimento da realidade, quando se insiste em trabalhar apenas com os institutos ou *standards* jurídicos como se fossem as categorias abstratas da matemática. Por isso, outra grande consequência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a da reprivatização involuntária e inconsciente da *jurisprudência dos conceitos (Begriffsjurisprudenz)*, escola de positivismo normativista fundada por Georg Friedrich Puchta nos anos 1830, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos dados singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhes deram origem.

Como a principal obra de Puchta chamava-se *Lehrbuch der Pandekten*⁵², e como o título *Pandekten* ou *Pandectas* foi depois utilizado por vários dos juristas que levaram à frente a sua proposta metodológica (principalmente Bernhard Windscheid, cujas *Pandectas* exerceram tamanha influência que serviram de base para a codificação do direito germânico), passou-se a designar também como *pandectística* a corrente ali iniciada. A ideia dos pandectistas era criar uma pirâmide de conceitos, em que cada conceito inferior “nascesse” logicamente de um conceito superior (daí a noção de “genealogia dos conceitos”), nos moldes da matemática. A tentativa de aproximar o direito do ideal de certeza, pureza e abstração da matemática, por essa época, levou o filósofo Wilhelm Wundt a dizer que a ciência do direito, “por força de

⁵¹ Castanheira Neves, Antônio. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Edição mimeografada das aulas proferidas na Universidade de Coimbra, p. 272-273, *apud* Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, *op. cit.*, p. 240.

⁵² *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Berlag Von Johann Ambrosius Barth, 1838.

seu processo jurídico-conceitual, tem um caráter estritamente lógico e é, em certa medida, comparável à matemática”.⁵³

Um dos mais influentes conceitualistas do século XIX foi Rudolf von Jhering. Para ilustrar os ideais do dogmatismo abstracionista, o juscomparativista Pier Giuseppe Monateri, da Escola de Trento, criou uma alegoria sobre um “sonho de Jhering”, no qual o jurista alemão se via em um mundo, o “paraíso dos pandectistas”, onde se podia encontrar os “conceitos de direito”. Lá era possível ver, em sua “absoluta pureza”, os espíritos da boa-fé, da propriedade e da posse, e a única condição para o acesso a esse mundo encantado era “esquecer o mundo concreto das relações humanas”:⁵⁴

Un giorno Von Jhering ebbe un sogno curioso. Sognò di morire e di vagare verso il paradiso dei pandettisti. Là si potevano incontrare in assoluta purezza i concetti del diritto. Ecco gli spiriti della Buona Fede, della Proprietà, del Possesso, sganciati di tutte le scorie di cui la vita reale è retaggio. Ecco gli stessi Strumenti Logici necessari a trasformare questi concetti ed a risolvere i più bei problemi della dogmatica. Là si trovava pure una macchina idraulica per l'interpretazione dialettica, uno strumento in grado di produrre un numero infinito di significati possibili a partire da un testo qualunque [...]. Le smisurate opportunità di questo paradiso erano a disposizione di ogni dogmatico purchè egli avesse bevuto l'acqua del Lete, che conduce a dimenticarsi del mondo concreto degli affari umani. Von Jhering notò però che le anime dei più grandi dogmatici erano dispensate da tale bevuta: non avevano nulla da dimenticare!

O caminho mais curto para o esquecimento do mundo concreto e para o encobrimento dos fatos da vida é a busca de lições jurídicas em meros verbetes ou ementários jurisprudenciais, ao invés de acórdãos ou decisões judiciais completas (que ao menos são dotados obrigatoriamente de um relatório do processo, com um resumo do caso decidido). É sabido que dentre as mais consultadas obras jurídicas

⁵³ *Logik*. 4. ed., 1921, vol. III, *apud* Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 31.

⁵⁴ “Um dia Von Jhering teve um sonho curioso. Sonhou que morreu e vagou pelo paraíso dos pandectistas. Lá se podia encontrar em absoluta pureza os conceitos do direito. Lá estavam os espíritos da Boa-Fé, da Propriedade, da Posse, livres de todas as impurezas das quais a vida real é feita. Lá também estavam os próprios Instrumentos Lógicos necessários para transformar esses conceitos e para resolver os mais belos problemas da dogmática. Lá se encontrava uma máquina hidráulica para a interpretação dialética, um instrumento capaz de produzir um número infinito de significados possíveis a partir de qualquer texto [...]. A grande oportunidade deste paraíso estava à disposição de qualquer dogmático que houvesse bebido a água do rio Letes, que faz esquecer o mundo concreto dos assuntos humanos. Von Jhering notou, porém, que as almas dos maiores dogmáticos estavam dispensadas de tal bebida: não tinham nada para esquecer!” (Monateri, Pier Giuseppe. *Il sogno di Jhering*. Texto integral disponível no site do *Cardozo Institute*, em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Business/Monateri-1996/nat_tx.htm, acesso em 1º de maio de 2009).

na prática forense estão os códigos comentados, que apresentam inúmeros verbetes à guisa de ilustrar a “interpretação jurisprudencial” de cada artigo. Tais verbetes são enunciados de, quando muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o qual foram originalmente redigidos. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaborados nos termos mais gerais que se fizerem possíveis. O ideal que se persegue, em um e outro caso, é sempre a depuração dos conceitos em relação à particularidade dos casos, a “absoluta pureza” sonhada por Jhering.

A ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida. José Augusto Chaves Guimarães afirma que “a função precípua da ementa reside em servir de apoio à pesquisa ou, melhor dizendo, atuar como produto documentário facilitador do processo de recuperação da informação”.⁵⁵ Mais adiante na mesma obra (que, diga-se, conta com a legitimação de constar na área do Centro de Estudos do *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Internet⁵⁶, o que faz supor que sirva como orientação doutrinária para a elaboração de ementas ao menos naquele Tribunal), o autor menciona o caráter “substitutivo” da ementa em relação ao seu respectivo acórdão, devendo ser necessariamente “independente” daquele:⁵⁷

[A ementa] Deve ser inteligível por si só, sem depender do cabeçalho ou do acórdão, mormente pelo fato de que, dado o prestígio que a ementa jurisprudencial goza no meio jurídico, será ela, via de regra, transcrita em peças processuais e pareceres para representar um determinado acórdão, seguida de referência bibliográfica do mesmo.

Prossegue o autor a preconizar que as questões particulares, que digam respeito apenas ao julgamento singular, devem ser evitadas no corpo da ementa⁵⁸,

por serem questões única e exclusivamente relativas àquele acórdão, interessando apenas às partes, ao passo que o cabeçalho da ementa visa a atender, como já exposto, a um interesse de pesquisa, em que se procuram entendimentos, teses jurídicas, raciocínios, que possam ser aplicados como elementos de argumentação em outros documentos da área.

⁵⁵ *Elaboração de Ementas Jurisprudenciais: Elementos Teórico-Methodológicos*. Série Monografias do CEJ, vol. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2001, p. 61.

⁵⁶ Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/indice_ce.php, acesso em 1º de maio de 2009.

⁵⁷ *Elaboração...*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁸ *Elaboração...*, *op. cit.*, p. 71.

Não se vai tirar razão do autor no que se refere às limitadas funções da ementa, puramente de catalogação biblioteconômica. O problema reside na elaboração de ementas já com a pretensão de que elas venham a ser diretamente transcritas em textos jurídicos a serem produzidos futuramente, como se uma resposta a um problema jurídico pudesse abranger, em si mesma, outras hipóteses de sua aplicação, para casos ainda sequer nascidos. E veja-se que isso se deve ao “prestígio que a ementa jurisprudencial goza no meio jurídico”.

E é assim que se produz “saber jurídico” no Brasil. Os códigos comentados e os livros de doutrina estão cheios de verbetes jurisprudenciais em tons conceituais, com pretensão de validade universal e, pior, são tomados por universalmente válidos pela comunidade jurídica. Ao exemplo já mencionado na introdução deste trabalho (a legítima defesa contra agressão de “mãos limpas”), podem se somar muitos outros. O tratamento dado à legítima defesa, aliás, é especialmente pródigo de casos assim. O mesmo Código Penal comentado por Mirabete traz a seguinte lição: “TJSP: ‘Não age em legítima defesa o provocador da cena delituosa’ (RT 528/339)”.⁵⁹ Quem poderá saber qual foi a “provocação da cena delituosa” que levou o Tribunal a afastar a excludente de ilicitude para este réu, em fato do qual nada se conhece? E a coisa se complica realmente quando, na mesma página, o autor cita o seguinte verbete: “TAMG: ‘Age em legítima defesa o provocador que reage diante de uma agressão iminente do provocado’ (RT 492/392)”.⁶⁰ É notável como um “conceito” assim construído facilmente encontra seu contrário.

A própria redação dessas frases denuncia a sua aspiração: o verbo no presente do indicativo (“age” ou “*não age* em legítima defesa”) e a generalidade do sujeito (“o provocador”) reivindicam uma aplicabilidade que transcende a do caso em exame. Com elas, não se quer dizer que “*aquele* provocador *agiu* (ou *não agiu*) em legítima defesa naquela situação específica”, mas que o caso, abstraído de tudo o que tem de particular e permanecendo só com o que tem de *essência*, tornar-se-á um conceito apreensível pelos aplicadores futuros. Os personagens dos eventos da vida real deixam de ser pessoas de carne e osso, como na casuística anglo-americana (onde têm nome e sobrenome), e passam a ser *estereótipos*.⁶¹

⁵⁹ Código..., *op. cit.*, p. 225.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sobre os *estereótipos* no direito, v. Warat, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984, p. 69-74.

Veja-se, por exemplo, o extremo a que se chega ao tentar objetificar as hipóteses da vida, no seguinte enunciado jurisprudencial, mais uma vez extraído da obra de Mirabete:⁶²

TACRSP: “Quem surpreende a própria esposa, no recesso de seu lar, nos braços de outro homem e simplesmente o agride, age com prudência e moderação, sendo justo que se reconheça a seu favor a justificativa da legítima defesa da honra” (RT 403/300).

Note-se, primeiro, que este verbete não trata de qualquer dos requisitos do artigo 25 do Código Penal (a existência de agressão injusta a direito, a atualidade ou a iminência dessa agressão, a moderação e a necessidade dos meios usados para repeli-la): apenas apresenta uma hipótese vaga (“surpreende a esposa”, “agride”) e declara que “é justo” que se reconheça a excludente de ilicitude. Poderá alguém alegar que basta para absolver um réu uma mera invocação desse verbete, sem o enfrentamento dos requisitos que a *lei* estabelece para tanto?

Depois, percebe-se que o enunciado diz que quem pratica uma conduta como aquela “age com prudência e moderação”. Quer dizer que fatores tão dependentes de análise individualizada como a *prudência* e a *moderação* do agir não escapam das conceitualizações e objetificações, e de uma maneira bastante estranha: atribui-se essas qualidades àquele que agride outra pessoa que, ao que consta, não lhe atacou fisicamente. A julgar pelo trecho do acórdão recolhido por Mirabete, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo não só conferia direito de agressão ao marido traído contra o amante da mulher, mas também elogiava a sua conduta. E até não é de se espantar, considerando que a mesma Corte, em outro verbete, atribui ao esposo da mulher infiel o direito de lesionar os *genitais* (!) do amante com uma faca:⁶³

TACRSP: “Age em legítima defesa da honra o agente que, ao surpreender sua mulher em adultério com o amante, investe contra este, com uma faca, causando-lhe lesões corporais de natureza leve na região genital, eis que presentes em sua conduta todos os requisitos do art. 25 do CP” (RJDTACRIM 16/202).

E, no entanto, não se explica como uma conduta assim poderá preencher os requisitos do mencionado artigo. É oportuno apontar como o “marido traído”, a

⁶² *Código...*, *op. cit.*, p. 227.

⁶³ *Ibidem*.

“mulher adúltera” e o “amante”, que em algum ponto foram personagens corpóreos de um episódio real e cruento da vida, acabam virando estereótipos, entidades metafísicas, abstrações conceituais desprovidas de individualidade e de outro propósito que não o de ilustrar hipóteses jurídicas que parecem flutuar no ar.

Ainda, para se ver como os verbetes abstratos estão umbilicalmente ligados à discricionariedade interpretativa do positivismo, tome-se a anotação que Guilherme de Souza Nucci faz ao requisito da *moderação* na legítima defesa, em seu próprio Código Penal Comentado: “a liberdade de apreciação é grande, restando ao magistrado valer-se de todo o bom senso peculiar à espécie a fim de não cometer injustiça”. Nucci escolheu para ilustrar esse seu apelo ao “bom senso” o seguinte trecho de um julgado do TJSP:⁶⁴

“Eventual excesso veio corretamente afastado pela r. decisão recorrida sob a assertiva de que ‘o caso presente retrata uma briga dentro de uma prisão, onde as coisas são violentas e rudes’, sendo ‘difícil argumentar que o réu, ameaçado pelo ofendido, um perigoso marginal e homicida, quando em luta corporal com ele, tivesse noção do número de golpes que estava dando na vítima’. Flagrante, então, a legítima defesa na ação do réu, e, tal como reconhecido pela r. decisão recorrida, a absolvição sumária era medida que se impunha” (TJSP, RSE 185.848-3/1 São Paulo, 5ª C., rel. Christiano Kuntz, 18.07.1995, v. u.).

Mais uma vez nada se sabe, e o comentarista nada diz, sobre as circunstâncias dessa tal briga. O intérprete que pretenda fazer uso desse verbete para sustentar uma absolvição (sumária!) de um acusado de matar a facadas um colega de cárcere não saberá nem mesmo se o caso precedente era de um homicídio consumado ou tentado. Também desconhecerá outros dados fundamentais, como o número de golpes desferidos na vítima. O enunciado ainda lança mão do estereótipo do “perigoso marginal e homicida” e objetifica de forma simplista o ambiente prisional, criando o conceito de “onde as coisas são violentas e rudes” como um dado concreto da realidade, válido universalmente para escusar excessos violentos em qualquer “briga dentro de uma prisão”. Esse conceito está pronto para entrar como uma constante matemática abstrata em qualquer outra equação (pois não existe qualquer contextualização sobre aquele ambiente prisional concreto, não havendo sequer menção ao nome do estabelecimento onde aconteceu o fato, ou quando).

⁶⁴ *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 221.

E o fenômeno não é exclusividade do direito penal. Vem de um *best seller* do direito processual civil um dos exemplos mais significativos da irracionalidade da coleção de excertos jurisprudenciais no afazer jurídico brasileiro contemporâneo. O Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, no bojo dos comentários ao artigo 333, traz o seguinte trecho de uma decisão do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:⁶⁵

Admite-se a aplicabilidade do CDC [Código de Defesa do Consumidor] às relações bancárias; no entanto, a regra do art. 6º, VIII, relativa à inversão do ônus da prova, não há de ser considerada aplicável *a priori*, ou utilizada sem análise individual e pormenorizada da *quaestio* (JTAERGS 100/381).

Não se vai sequer dedicar muito espaço ao fato de que o verbete acima não vai além do óbvio no que se refere à “aplicabilidade do CDC às relações bancárias”, que está expressa no artigo 3º, §2º, do próprio Código (e, portanto, dispensaria que alguém a citasse como contribuição jurisprudencial). O mais importante é a orientação do Tribunal no sentido de que a regra da inversão do ônus da prova “não é aplicável *a priori*”, nem dispensa a análise individual da questão. Ora, é claro que não! Como é que uma regra vai ter aplicação que se antecipa ao caso? Qual é a regra que pode ser aplicada sem que o juiz analise a questão que lhe é trazida a exame? Aplica-se onde, no vácuo?

Um enunciado como esse só é imaginável em um sistema jurídico em profunda crise, no qual os operadores se acostumaram com os sentidos prontos e antecipados, que funcionam como categorias para subsunções-deduções (o que Streck chama de “significantes primordiais-fundantes”). O momento em que um tribunal precisa deixar expresso que uma regra específica não tem aplicação *a priori*, exigindo análise individuada, e isso se eleva à categoria de lição jurisprudencial em uma das obras mais consultadas do país, é o momento em que o sistema acusa a sua própria contradição. Pode até ser que o caso apreciado pelo Tribunal tenha apresentado a necessidade de os julgadores fazerem aquela observação – correta, embora óbvia – antes de entrar na sua análise pormenorizada. Não é esse o problema, mas o fato de que, paradoxalmente, a exortação da Corte à apreciação particularizada das questões jurídicas tenha se despedido de sua própria individualidade e se convertido em conceito apto a ser aplicado *a priori*, na totalidade

⁶⁵ *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 400.

dos casos. O modelo racionalista de direito não consegue fugir das *essências* e abstrações: eis a ironia da “jurisprudência dos conceitos à brasileira”.

1.4 O problema não é exclusivamente do positivismo: os precedentes como “discursos de fundamentação prévios” e “juízos de ponderação prontos”, à espera de “acoplamentos”

Não é só o positivismo jurídico – com suas conceitualizações e abstrações – que confere aos precedentes judiciais esse papel problemático na prática jurídica brasileira contemporânea. Mesmo na perspectiva das teorias da argumentação – principalmente na vertente de Robert Alexy⁶⁶ – e das bem mais sofisticadas teorias discursivas/procedurais do direito – em especial as desenvolvidas por Jürgen Habermas⁶⁷ e Klaus Günther⁶⁸ –, os precedentes desempenham um papel equívoco, podendo ser entendidos como “discursos de fundamentação prévios” ou “juízos de ponderação prontos” para resolver futuros “casos difíceis”.

É bem conhecida a cisão que a teoria do discurso de Habermas e Günther faz entre *discursos de fundamentação (Begründungsdiskurs)* e *discursos de aplicação (Anwendungsdiskurs)*, uma distinção que é estranha à hermenêutica (no paradigma hermenêutico, *interpretação é aplicação*). Habermas preconiza a existência de uma “situação ideal (ou quase-ideal) de fala”, onde se dão condições ótimas para uma comunicação: todos teriam um mesmo nível de informação e de capacidade de argumentação, o que propiciaria o surgimento de um *consenso* e levaria à *verdade* (teoria consensual da verdade). Trata-se da festejada substituição da *razão prática* pela *razão comunicativa*.

Dentro desse modelo filosófico, o discurso ideal pode ser antecipado, independentemente de sua aplicação, que fica para uma etapa posterior. Na formação do discurso de fundamentação/justificação jurídica, é apenas relevante a própria norma, como se ela se desse sem situações concretas. Isso porque essa

⁶⁶ Das obras de Alexy, v. principalmente sua *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

⁶⁷ De Habermas, v. especialmente os dois volumes de *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, e *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.

⁶⁸ Com destaque para sua *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

criação antecipada de discursos visa a assegurar a validade das normas numa perspectiva universal, para uma aplicação *a posteriori*, a partir do princípio da adequação. Em outras palavras, primeiro se discute e decide – consensualmente – a respeito da validade universal (princípio U); depois se resolve a adequação (ou acoplamento) desses discursos às situações concretas. Isso resolveria o problema de as normas universais e prévias não poderem prever todas as hipóteses de aplicação: trata-se do que se convencionou chamar de *fórmula Günther*.⁶⁹

O resultado disso é que o “aplicador” fica ao mesmo tempo desonerado e impedido de pensar a respeito da fundamentação/justificação do direito – que lhe são previamente dadas – bastando-lhe realizar juízos de adequação (*Angemessenheit*). Ordinariamente, isso é posto em prática de forma que a legislação seja a conformação dos discursos universais consensuais, e a jurisdição seja a aplicação. Álvaro Souza Cruz, por exemplo, sustenta que as argumentações construídas pelo legislador político são frutos de um balanceamento de valores e interesses, e devem ser tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário, que não poderá realizar um novo discurso de fundamentação, mas, ao contrário, “deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto”.⁷⁰

Contudo, também a jurisdição pode acabar sendo tomada por uma maneira de formação de consenso. Por corolário do que preconizam Habermas e Günther, será necessário se proceder à interpretação/argumentação do direito quando se estiver diante de uma “falta de consenso” ou de um “entendimento perturbado”, como nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*).⁷¹ Para as teorias discursivas, os casos jurídicos são fáceis quando são resolvíveis por mera dedução a partir de uma regra jurídica, e difíceis quando as regras se tornam insuficientes.⁷² Não raro aportam aos tribunais discussões que trazem aparentes conflitos de normas e colisões de princípios, que não podem ser solucionados por mera dedução. De começo, essas questões dividem o mundo jurídico, produzindo-se doutrina e decisões em um sentido e em outro. Com o tempo, um consenso ou, ao menos,

⁶⁹ V. Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57.

⁷⁰ Souza Cruz, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190, *apud* Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 52, nota 18.

⁷¹ Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 55.

⁷² Sobre essa distinção e também sobre a sua superação, v. Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, cap. 14, sob o título “Por que as teorias discursivo-argumentativas não são a reserva hermenêutica para a solução de casos difíceis. Da explicação causalista ao compreender antecipador: a indevida distinção entre regras e princípios e entre casos fáceis e casos difíceis”, p. 197 e segs.

uma maioria identificável pode nascer. E as teorias discursivas tenderão a legitimar esse consenso ou essa maioria, desde que tenham surgido de um modo formalmente correto (daí o caráter procedural da teoria).

É por isso que as teorias consensuais não legitimam apenas os discursos legislativos, para deslegitimar o discurso judicial; elas podem também legitimar o consenso da comunidade jurídica (que pode estar cristalizado na *jurisprudência*), ainda que também para deslegitimar a racionalidade do juiz (quer dizer, de cada julgador, isoladamente, e não do conjunto que forma e adere ao *consenso*). Esse fenômeno é forte no Brasil porque o direito vai a reboque dos tribunais, principalmente dos tribunais superiores. É comum que uma decisão do plenário do Supremo – ainda que por maioria apertada – “pacifique” o entendimento a respeito de uma polêmica em todo o país, e o julgador de inferior instância se sentirá legitimado se seguir a maioria. As discussões travadas na Suprema Corte transformam-se em discursos prévios de fundamentação quando se reconhece tacitamente que ali se tem uma “situação ideal (ou quase-ideal) de fala” para as diversas argumentações jurídicas possíveis em um *hard case*, resultando em um consenso qualificado.

Coisa parecida vale para as teorias que preconizam a necessidade de “ponderação” entre princípios colidentes em *hard cases*, como a de Alexy. Essas teses veem a possibilidade de dois ou mais princípios serem, em princípio, aplicáveis ao mesmo tempo a uma mesma situação concreta, de modo que será necessário ao julgador balancear o peso de cada um no caso submetido a seu exame.⁷³ Uma vez feita essa ponderação em um dado precedente, ela poderá ser reutilizada pelos julgadores futuros em situações semelhantes.

Como exemplo de como funciona essa vulgarização do uso de precedentes por adeptos dessas teorias – tanto de Habermas como de Alexy – cabe mencionar o caso do HC 82424/RS, julgado pelo STF. Nesse processo, discutiu-se perante o Supremo se um sujeito que publicara livros com conteúdo discriminatório contra judeus praticara ou não o crime de racismo (o que se tornou de particular importância diante da possível prescrição do delito). A comunidade jurídica tomou este como um *hard case* porque se precisou delimitar o conceito de raça para efeitos

⁷³ Sobre os vários matizes da ponderação de princípios adotada pela da teoria da argumentação, além da citada obra de Alexy, pode-se consultar também o livro de Manuel Atienza, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

penais e também porque se viu na espécie uma suposta colisão da proibição do racismo com a liberdade de expressão. A discussão foi ferrenha e resultou em um acórdão com 488 laudas. Mais de um dos julgadores da posição que se sagrou vencedora (condenação do paciente e imprescritibilidade do delito, negando-se o HC) usou argumentos alexyanos de ponderação entre princípios, e também houve quem, realizando a mesma ponderação, chegasse ao resultado contrário (concessão do remédio e absolvição, por ver “pesar” mais a liberdade de expressão).

A rigor, tal contenda pode ser renovada (e re-resolvida) em qualquer outro processo em que alguém se veja acusado de preconceito antissemita. Contudo, o juiz poderá se desonerar de pensar o problema se apenas remeter sua decisão ao texto da ementa do julgamento, que funciona bem como discurso de fundamentação (“Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica [...] constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade”), e ao consenso que se formou a respeito depois da prolação do aresto. O *hard case* tornou-se *easy case*: o julgador só terá de avaliar se o caso posterior é adequável ao precedente: a fundamentação/argumentação para a condenação e para a imprescritibilidade e a “ponderação” entre os princípios (o que consubstanciava a parte “difícil” do caso) já estão dadas.

O mesmo vale para polêmicas em que houve alteração ou oscilação da jurisprudência do Supremo, como as da possibilidade progressão de regime para os condenados por crimes hediondos (HC 82959/SP) e da prisão civil do depositário infiel (RE 349703/RS e RE 466343/SP), já mencionada na introdução deste estudo. São casos em que, através de *um novo consenso* (ou de *uma nova maioria*), parece ter surgido *uma nova verdade*. O juiz adepto dos consensos não faz mais do que manter a adequação à nova *verdade*, seja ela qual for.

Dessa maneira, aparentemente, os consensos sobre questões individualizadas (datadas, contextualizadas) formam validades universalizáveis. Mas, objeta Lenio Streck, “a validade não se sustenta por si, em face da historicidade”. E complementa:⁷⁴

⁷⁴ *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 58-59.

No “momento” da aplicação, o horizonte histórico da norma previamente justificada/fundamentada já se dissolveu. A não-coincidência entre a validade e a adequação ocorre nesse processo de dissolução de horizontes em que cada horizonte abre um espaço de aplicação; o horizonte vai se dissolvendo e, por isso, é possível ter vários casos de aplicação, que são resolvidos porque chegamos a eles por essa coincidência entre validade e aplicação naquele dado horizonte; mas o próximo caso impõe uma outra aproximação entre validade e adequação, e, portanto, mais um saber sobre a aplicação da norma.

Assim, deve-se refutar a cisão de discursos de validade e de adequação, como se adequação fosse um acoplamento de universais às coisas particulares. Essa cisão é impossível porque os entes (como os casos) não podem existir sem seu sentido, e sentidos não estão à disposição do intérprete.⁷⁵ Onde Habermas cinde fato e direito, interpretação e aplicação, a hermenêutica procura unir, como um imperativo da faticidade e da inserção no mundo prático. E isso é fundamental para uma teoria adequada a respeito dos precedentes judiciais, conforme ficará claro a seguir.

⁷⁵ Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 62.

2 Rompendo com o ecletismo improvisado entre os sistemas de *civil* e *common law*. Apresentando a teoria dos precedentes e a possibilidade de sua recepção no Brasil

2.1 Civil law e common law. Doctrine of stare decisis

Dizer que o modelo brasileiro de direito tem a lei por núcleo central não é apenas fazer uma constatação histórica sobre a pertença do sistema jurídico nacional à tradição romano-germânica ou ao modelo da *civil law*. Trata-se, antes, de uma leitura da Constituição Federal, que, no inciso II do seu artigo 5º, estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A súmula vinculante, disciplinada pelo artigo 103-A da CF (introduzido pela Emenda Constitucional nº. 45/04), pode ser considerada uma exceção ao artigo 5º, II, mas não chega a alterar o caráter *legicêntrico* do sistema como um todo, em razão da restrição da aplicabilidade das súmulas.⁷⁶

A ocasião é oportuna, aliás, para se esclarecer que as súmulas não se encontram no esquadro deste trabalho, muito embora elas possam ser classificadas como “produção judicial” do direito. Isso porque o presente estudo, como ficará mais claro adiante, funda-se justamente na compreensão de que os precedentes judiciais jamais são abstratos e genéricos (e, no sistema jurídico brasileiro, tampouco são vinculantes). A súmula, ao contrário, é por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade (e, por vezes, vinculação). Na súmula, o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram.⁷⁷ Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não aproxima a prática jurídica nacional da tradição da *common law*, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame (“*It is a vital part of the common law tradition that courts cannot declare authoritative legal generalities in the abstract, but only in relation to the facts*”).

⁷⁶ Streck, Da interpretação..., *op. cit.*, p. 172, nota 40.

⁷⁷ Sobre súmulas, v. Streck, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Função e Poder: A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, e Streck, A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante..., *op. cit.*.

of the dispute that they are adjudicating)”.⁷⁸ As súmulas são, antes, uma invenção luso-brasileira.⁷⁹

Mas, apesar do caráter constitucional do *legicentrismo* brasileiro, são muito comuns por aqui as decisões que sequer fazem qualquer referência ao texto da lei ou da Constituição, remetendo a vinculação de suas razões tão-somente a um trecho ou ementa de um julgado pretérito. Trata-se do que Lenio Streck chama de “perigoso ecletismo” no sistema jurídico brasileiro, que busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade da motivação das suas invocações.⁸⁰ É por isso que a compreensão das noções da *common law* vem ao caso.

A *common law* é originária de regras não escritas, decantadas no decorrer dos séculos. Os juízes ingleses iniciaram a obra criadora que, em seguida, foi estendida e modulada por juristas de outros países, como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia⁸¹, onde eventualmente foram surgindo constituições e leis escritas (*acts* e *statutes*), que se somaram às regras originais. Diz-se que o jurista inglês “gosta de valorizar a continuidade histórica de seu direito; este lhe surge como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução”.⁸²

O termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o “direito comum” inglês nasceu após a conquista normanda da Inglaterra, em 1066.⁸³ Era “comum” porque era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formava o povo da ilha. O ato de julgar era prerrogativa real, mas os reis o delegavam aos *judges*, que perambulavam pelo reino, à semelhança do pretor romano, realizando um “circuito” (e esta é a origem do termo *circuit*, ainda hoje usado para definir a circunscrição

⁷⁸ Hughes, Graham. *Common Law Systems*. In: Morrison, Alan B. (org.). *Fundamentals of American Law*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 19.

⁷⁹ Streck informa que as súmulas brasileiras têm origem nos *assentos* portugueses, que, entretanto, foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 810/93 (A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante..., *op. cit.*, p. 214).

⁸⁰ Cf. A Revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica jurídica. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁸¹ Sèroussi, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo: Landy, 2001, p.13.

⁸² David, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 279.

⁸³ David, *Grandes Sistemas...*, *op. cit.*, p. 286 e Soares, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

territorial das Cortes da Inglaterra e dos EUA). Os juízes concediam *writs*, que constituíam ordens dadas pelo rei às autoridades para que respeitassem um determinado direito de quem obtinha o remédio. Depois de concedido o *writ*, um júri formado por leigos julgava as pretensões da pessoa beneficiada.⁸⁴

O formalismo desse sistema era absolutamente rígido, o que dificultava muito o acesso à justiça. Assim, gradualmente foi surgindo uma “jurisdição paralela” à *common law*, chamada *equity law*, que era administrada por um Chanceler (*Counsellor*), originalmente um prelado confessor do monarca, cognominado “*the keeper of the king’s conscience*” (“o guardião da consciência do rei”); com a reforma anglicana de Henrique VIII, o cargo deixou de ser prerrogativa eclesiástica (o filósofo Thomas More, ou *Morus*, foi um dos que exerceram a função). A *equity law* desenvolveu as suas próprias regras, de forma independente da *common law*, até que os *Judicature Acts* de 1873 e 1875 vieram a suprimir as Cortes do Chanceler (*Courts of Chancery*) e unificar os dois sistemas de direito, sob a competência das Cortes comuns.⁸⁵

Nos EUA, a *common law* vigora oficialmente desde 1608 (apenas um ano após a fundação das primeiras colônias inglesas, na Virgínia), data do julgamento do *Calvin’s case*⁸⁶ por Sir Edward Coke, em Londres, que estabeleceu a aplicabilidade do direito inglês nas colônias. Além disso, diz-se que escritos do mesmo Sir Coke chegaram à América no navio *Mayflower*, fazendo a viagem dos pioneiros peregrinos que aportaram em Massachusetts em 1620, episódio que é normalmente tido como a verdadeira fundação do que viriam a ser os Estados Unidos da América. Contudo, a inadequação do direito britânico à vida das colônias logo se fez ver, e os habitantes da América do Norte foram aos poucos desenvolvendo um direito próprio. No século XVIII, surgiu um poderoso movimento pró-codificação, que quase levou os EUA a adotar o sistema romano-germânico de direito. O território de Nova Orleans, destacado do estado da Louisiana, chegou a produzir um Código Civil à maneira francesa, e Jeremy Bentham se pôs à disposição do presidente James Madison para escrever o Código Civil da União. A partir do início do século XIX, a língua inglesa e o povoamento originalmente inglês falaram mais alto, e as obras de juristas como

⁸⁴ Soares, *Common Law*, *op. cit.*, p. 32-33.

⁸⁵ Soares, *Common Law*, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁶ *Calvin’s case*, 7 Coke I, 17 b (1608).

Kent e Story ajudaram a assegurar a afiliação do direito norteamericano à *common law*.⁸⁷

Uma *common law* pura, entendida como *judge-made law*, entretanto, só existiu realmente na Inglaterra vitoriana. Após a revolução industrial, a Inglaterra passou a receber várias leis escritas, sendo que hoje, em razão da União Europeia, vige na ilha um extenso direito escrito elaborado por legisladores supranacionais.⁸⁸ Os EUA, por sua vez, muito embora tenham recebido a *common law* como herança britânica, têm desde pouco depois da sua independência um direito marcado pela influência de uma Constituição escrita (de 1788), reforçada para sempre pela criação do controle judicial de constitucionalidade na decisão do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte (USSC), em 1803.⁸⁹

De qualquer forma, com ou sem constituição e leis escritas, o ponto fulcral dos direitos inglês e norteamericano (e dos demais sistemas de direito que pertencem à mesma família) continua sendo a *doctrine of stare decisis*. Este é o seu elemento definidor, que o distingue da tradição romano-germânica. Na *civil law*, as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; depois, os códigos; hoje, as constituições e todo o conjunto de leis infraconstitucionais. Na *common law* (e também na *equity law*, que nisso não se distingue), a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas.

A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita neste contexto por “regra”, de modo que a *doctrine of stare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado. Sempre houve nos tribunais da *common law* a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente. A confiança nos precedentes é vista nos países de língua inglesa como algo natural, uma “parte da vida em geral” (“*Reliance on precedents is part of life in general*”⁹⁰): o fato de algo ter sido feito de alguma maneira por si só já providencia um motivo para que algo semelhante seja

⁸⁷ David, *Grandes Sistemas...*, *op. cit.*, p. 359.

⁸⁸ Soares, *Common Law*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁹⁰ Schauer, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, n. 39. Stanford, 1987, p. 577.

realizado da mesma maneira. Foi só no século XIX, porém, que isso se tornou regra: a obrigatoriedade de seguir as decisões pretéritas foi expressão da mesma busca por “segurança jurídica” que inspirou as codificações da *civil law*, configurando, de certa forma, o seu correspondente insular e norteamericano.⁹¹

O *stare decisis*, porém, não tem um alcance absoluto, e esta é uma das características mal compreendidas pelo sincretismo improvisado que busca aplicar um *stare decisis* no Brasil. Não é qualquer decisão que tem caráter vinculante no direito inglês ou norteamericano. Lá, sempre que se vai julgar a aplicabilidade de um julgado passado a um litígio presente, é fundamental perquirir sobre a força (*authority*) que liga os dois casos: essa força pode ser obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive* ou *advisory*). No caso da Inglaterra, a regra da vinculação de juízes a decisões passadas funciona da seguinte maneira:⁹²

1º – As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria; 2º – As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º – As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. [...] As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos “quase-judiciários” podem ter valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios.

Nos EUA, dá-se algo semelhante. Só são vinculantes às decisões futuras os julgados proferidos pelo mesmo órgão judiciário, ou por órgãos aos quais o magistrado é ligado, mas com uma importante exceção. A Suprema Corte Federal (que vincula a todos os juízes), e as Cortes Supremas Estaduais (que obrigam os juízes de seus respectivos estados), não são vinculadas às suas próprias decisões.⁹³ Foi isso que permitiu à USSC rever posições que se tornaram insustentáveis ou anacrônicas⁹⁴, o que se chama *precedent overruling*, verdadeira derrogação⁹⁵ do precedente.

⁹¹ David, *Grandes Sistemas...*, *op. cit.*, p. 341.

⁹² David, *Grandes Sistemas...*, *op. cit.*, p. 341-342.

⁹³ David, *Grandes Sistemas...*, *op. cit.*, p. 391-392.

⁹⁴ São exemplos disso: (a) o caso *Dredd Scott v. Sandford* [60 U.S. (19 How.) 393 (1857)], no qual a USSC afirmou que a União Federal não tinha autoridade para proibir a escravidão nos estados, o que mais tarde seria contrariado por ela própria nos *Slaughter-House Cases* [83 U.S. 36 (1872)]; (b) o

Essa excursão pelo sistema da *common law* cumpre o propósito de registrar como um precedente não-vinculante não é fundamentação suficiente e bastante-por-só de uma decisão judicial, mesmo nos sistemas jurídicos onde vige a *doctrine of stare decisis*. O juiz inglês ou norteamericano, para embasar uma decisão em um precedente meramente persuasivo, deve fundamentar sobre a compatibilidade do caso com o direito ao qual está efetivamente vinculado, não podendo deixar de lado aquilo que o obriga. A autoridade dos precedentes persuasivos, de qualquer forma, é constantemente posta em xeque.⁹⁶ Mesmo a sustentação do precedente, no âmbito das Cortes Supremas, deve ser motivada para além do simples *stare decisis*, uma vez que os tribunais podem também deixar de aplicar a regra anteriormente posta. Por conta da primazia da Constituição nos EUA e do direito comum europeu na Inglaterra, então, as Cortes são obrigadas a levar em conta os textos postos quando as questões em causa envolvem matéria constitucional ou comunitária, sendo frequentemente alvos de crítica quando baseiam a interpretação do texto unicamente em precedentes.⁹⁷

Ora, na *civil law*, todos os precedentes têm força meramente persuasiva, pois a única “jurisprudência” com vetor vinculante é a especialmente sumulada para este fim.⁹⁸ Assim se pode tomar em perspectiva a aberração que é, em um sistema de lei escrita como o brasileiro, confundir texto de julgado com texto de lei, e conferir a um precedente qualquer a qualidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial.

caso *Hammer v. Dagenhart* [247 U.S. 251 (1918)], que impediu o estado de Nova York de combater o trabalho infantil, revisada no julgamento de *United States v. Darby Lumber Co.* [312 U.S. 100 (1941)]; (c) o caso *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)], em que ficou dito não ser inconstitucional uma lei estadual que proibia a prática da sodomia, o que recentemente foi revisto pela decisão de *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)].

⁹⁵ É mais preciso dizer que o precedente que é *overruled* fica derogado do que ab-rogado, uma vez que, normalmente, ele continua valendo para certos aspectos da questão em exame. Ao contrário do que acontece com a revogação de uma lei na *civil law*, em que o texto revogado perde totalmente a sua vigência, no *precedent overruling* o julgado permanece no sistema (pois, afinal, precedente ele ainda é), embora transformado em seus efeitos.

⁹⁶ O jurista norteamericano Michael Trotter provocou controvérsia em 1997 ao publicar livro sustentando que os precedentes persuasivos só podem ser considerados pelos juízes em duas situações: (a) quando o direito de outra jurisdição é o próprio objeto do litígio; (b) quando um dos litigantes pede à Corte superior a revogação de um precedente vinculante, precisando citar a tendência do direito em outras jurisdições como razões de convencimento (*Profit and the Practice of Law: What's Happened to the Legal Profession*. Athens: University of Georgia Press, 1997, 161-163).

⁹⁷ Laurence Tribe e Michael Dorf, por exemplo, reconhecem que apenas uma pequena fração dos casos julgados pela USSC no século XX se referiram à interpretação do texto da Constituição ou às teorias dos constituintes originais (*Framers*), a maioria sendo produzida a partir da interpretação de precedentes da própria Corte. Fazem questão de apontar, porém, que argumentos de precedentes são apenas um tipo de argumento constitucional, dentre várias outras espécies (*On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 71).

⁹⁸ É verdade que há algumas tentativas de conferir “efeitos vinculantes” a decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que serão tratadas mais adiante.

2.2 Os precedentes: o fato e o direito, o texto e a norma

O núcleo da *doctrine of stare decisis* é o precedente. A noção de precedente é facilmente compreensível, e o termo já foi definido como sendo “*Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo*”, convertendo-se em “*una autoridad [...] para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión*”.⁹⁹

Essa definição ajuda a introduzir as demais questões relativas aos precedentes, e que não são assim tão óbvias. A começar, diz-se que o precedente é estabelecido “depois de um raciocínio”, e se verá adiante como a pergunta pelo “raciocínio” e pela “motivação”¹⁰⁰ do precedente é importante para a demarcação de seu alcance. Depois, afirma-se que o precedente é feito sobre “uma questão de direito exposta em um caso”. É evidente que “questão de direito”, aqui, não pode ser tomada na sua acepção vulgar, em oposição a “questão de fato”. Trata-se de uma “questão jurídica”, que é inseparável do “caso” que lhe deu origem. Por fim, a definição do precedente lembra o fato já mencionado de que a sua força vinculativa não é absoluta, e também que ela é limitada aos questionamentos futuros de uma “mesma questão”. É mais uma vez claro que a expressão “mesma questão” não pode ser entendida com severidade, até porque se sabe, desde Heráclito, que a “mesma coisa”, a rigor, não se passa duas vezes (ninguém se banha duas vezes no mesmo rio). A “mesma questão” é um caso que encontra um padrão de identificação juridicamente relevante com o primeiro.

O que vale considerar, agora, é a parte da definição que diz que o precedente se estabelece no que é “necessário”, o que é o elemento definidor da importante distinção entre o *holding* (ou, na Grã-Bretanha, a *ratio decidendi, r.d.*) e o *dictum* (ou *obiter dictum, o.d.*) de um julgado. Como no Brasil, a decisão de uma Corte da *common law* é documentada em um acórdão, que contém a *opinion of the court*.

⁹⁹ Definição de Chamberlain, *apud* Sesma, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 31.

¹⁰⁰ “Raciocínio” e “motivação” não entram aqui como “ato de consciência” ou “vontade” do redator do texto – que são hermeneuticamente tão inapreensíveis quanto irrelevantes –, mas como a razão concreta (ou a situação) para qual o texto foi escrito, o que deve ser objeto de pergunta por parte de quem quer compreendê-lo.

Contudo, nem todo o conteúdo da *opinion* constitui um precedente: apenas o seu *holding*. O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão.¹⁰¹ Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido como meramente circunstancial em dado caso.

Mas isso não resolve o problema: a própria doutrina anglófona aponta que “*What legal proposition a decided case stands for is by no means obvious*”.¹⁰² Ao longo dos séculos, muito se discutiu a respeito da melhor maneira de encontrar o *holding* ou a *r.d.* de um caso. Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 “técnicas” para fazer isso¹⁰³, e desde então surgiram muitas outras. Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) *Teste de Wambaugh* – segundo o qual o que constitui a *r.d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira¹⁰⁴; (b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela *não* é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles¹⁰⁵; (c) *Tese de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta¹⁰⁶; (d) *Fórmula Scalia* – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio “neutro” de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado.¹⁰⁷

As referências a essas técnicas tornam oportuno registrar que não se está, aqui, a emular o modelo de precedentes britânico e norteamericano. Também a *common law* por vezes se viu refém da técnica e do método, e dos subjetivismos e

¹⁰¹ Soares, *Common Law, op. cit.*, p. 42.

¹⁰² “Qual a proposição legal estabelecida no caso não é, de maneira alguma, óbvio.” (Hughes, *Common Law Systems, op. cit.*, p. 18).

¹⁰³ Llewellyn, Karl. *The Common Law Tradition*. Boston/Toronto: Little Brown, 1960, p. 77-89.

¹⁰⁴ Sesma, *El Precedente...*, *op. cit.*, p. 83-84.

¹⁰⁵ *Idem*, *El Precedente...*, *op. cit.*, p. 84-88.

¹⁰⁶ *Idem*, *El Precedente...*, *op. cit.*, p. 88-89.

¹⁰⁷ Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 73.

arbitrariedades que deles decorrem. O caso da Fórmula Scalia é particularmente irônico porquanto o seu inventor declarou que “qualquer outro método é arbitrário”¹⁰⁸, não percebendo que o seu também é constituído de pura discricionariedade, uma vez que o *intérprete scaliano* escolhe livremente o seu ponto de partida e também o caminho das generalizações.¹⁰⁹

O que diz respeito a este trabalho, porém, é o fato de que a tarefa de interpretar os precedentes e estabelecer o seu alcance para casos futuros é reconhecidamente um problema que enfrentam os juristas da *common law* (assim como os juristas da *civil law* sempre se preocuparam com a interpretação da lei), o que torna mais ingênuo que se procure citar precedentes no Brasil sem qualquer questionamento da mesma ordem, como o de perguntar sobre o que é necessário e o que é circunstancial em um julgado pretérito.

A dificuldade que pode haver no estabelecimento do que, em uma decisão passada, é extensível aos casos futuros decorre justamente do fato de que, mesmo na *common law*, os precedentes judiciais *nunca são elaborados para resolver casos futuros*. Uma resposta não pode ser dada para responder a outras perguntas que não a sua própria, pois isso “implicaria uma autonomização desse enunciado (como se o ser se separasse do ente), estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso”.¹¹⁰ O precedente “não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões é imprescindível”.¹¹¹

A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é justamente a de “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”.¹¹² Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da *common law* nunca cedeu à tentação de esquecer os fatos ou de escondê-los

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ Tribe e Dorf exemplificam isso com a decisão do caso *Michael H. v. Gerald D.* [491 U.S. 110 (1989)], em que Scalia iniciou sua generalização a respeito de um direito individual anteriormente reconhecido pela USSC a partir de um ponto em que já havia interesse do Estado, arbitrariamente (uma vez que havia outros pontos de partida legítimos), chegando a uma conclusão que limitava o alcance daquela proteção. E concluem: “*What Justice Scalia heralds as a means for assuring greater judicial objectivity turns out to be quite the opposite*” (“O que o Juiz Scalia anuncia como um meio para assegurar maior objetividade judicial acaba por ser o contrário”. *On Reading... op. cit.*, p. 108-109). Sobre a Fórmula Scalia, v. também Streck, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 5. Porto Alegre, 2007, p. 125-144.

¹¹⁰ Streck, Da Interpretação..., *op. cit.*, p. 163.

¹¹¹ Soares, *Common Law, op. cit.*, p. 41.

¹¹² Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 439.

sob as conceituações jurídicas contidas nas decisões judiciais ou nas *opinions of the court*. Ao contrário, para o juiz daquele sistema decidir invocando um precedente, é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los ele poderá aplicar a regra.

Por isso, embora alguns como Neil McCormick digam que a *ratio decidendi* seja exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato”¹¹³, fato e direito são indissociáveis. Segundo Lenio Streck¹¹⁴,

é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, e que o direito é parte integrante do próprio caso, e uma questão de direito é sempre uma questão de fato e vice-versa.

Em outras palavras, o estabelecimento do direito em *casos* obriga o intérprete a pensar o direito como *faticidade*, pois não pode simplesmente descolar o texto da situação concreta que lhe deu origem. Ao mesmo tempo, esta impossibilidade de distinção de fato e direito levou os juristas da *common law* a ter presente a noção de que a *norma* jurídica não é a mesma coisa que o *texto* do precedente, da mesma forma que a sua *vigência* não se equipara à sua *validade*. Como já visto, ao julgador inglês ou norte-americano é absolutamente impossível decidir com base apenas no texto da decisão que decidiu um precedente (a *opinion of the court*), sem atentar para o caso que lhe deu origem (para estabelecer o *holding*) e para suas semelhanças/diferenças com o caso presente. Ronald Dworkin registra que os operadores jurídicos da *common law* sabem que a força de um precedente não pode se esgotar em uma frase particular (“*Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted [...] by the linguistic limits of some particular phrase*”).¹¹⁵ E, como em princípio todos os precedentes têm *vigência* potencial, no sentido de que não há ab-rogações expressas de decisões passadas, a pergunta pela *validade* do precedente é sempre mais facilmente compreendida como uma coisa diversa.

Essas distinções entre texto/norma e vigência/validade são noções caras à hermenêutica jurídica. Streck, para introduzir essa ideia, aponta que o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico em relação à norma, ou seja, são

¹¹³ McCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 224.

¹¹⁴ Streck, Da Interpretação..., *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁵ Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 111.

eventos produzidos por pessoas diversas. E explica que o texto jurídico “não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador”:¹¹⁶

[O texto] Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do *texto*. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.

Adiante, Streck esclarece que, quando diz que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, está falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. Um sentido nunca é reproduzido: “Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos”¹¹⁷. A norma de que Streck fala é o *sentido do ser do ente* (do texto). “O texto só ex-surge na sua ‘normação’, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade”.¹¹⁸ Trata-se, pois, de uma *diferença ontológica*.¹¹⁹

Se por aqui a dogmática ainda não absorveu totalmente a lição de Streck de que o texto de um preceito normativo não se esgota com o sentido que lhe deu o legislador, na *common law* é curial a noção de que o sentido de um precedente *não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu*. Aquele juiz, afinal, só pretendia resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros. A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as potencialidades de distinguir (*to*

¹¹⁶ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 18, nota 2.

¹¹⁷ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 220.

¹¹⁸ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 224-225.

¹¹⁹ Sobre a diferença texto/norma e vigência/validade como diferença ontológica, v. o subtítulo 10.1.3.1 de *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, de Lenio Streck, chamado justamente “A diferença (ontológica) entre ‘texto e norma’ e ‘vigência e validade’: a ruptura com a tradição (metafísica) da dogmática jurídica”, nas páginas 222-224. O que é preciso perceber é que esta diferença ontológica se estabelece entre o *ente* e o *ser do ente*. Por isso, muito embora a diferença, não há completa independência entre uma coisa e outra. Ao contrário, a norma não existe sem o texto jurídico, da mesma forma como o ser não existe sem o ente. Na noção de diferença ontológica reside a refutação hermenêutica do relativismo interpretativo, aquele que preconiza que qualquer coisa pode ser dita sobre um texto, ou que o texto é aquilo que se diz que ele é. Gadamer destaca que “o que há de verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica é que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação. Mas, de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto” (*Verdade e Método I*, op. cit., p. 436).

distinguish), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso. Assim, muito embora o texto do julgado que serve como precedente seja necessariamente preexistente, fica autoevidente que o seu sentido *o intérprete dará* quando lhe der outra *normação* (e é por isso que o sistema também é conhecido como *judge-made law*). E, como o precedente é necessariamente contextualizado e datado, é eventualmente possível ao julgador negar a sua aplicação, caso entenda que o caso presente não se identifica suficientemente com o precedente, ou quando o contexto jurídico que autorizou a sua produção encontra-se alterado (*precedent overruling*). Tudo isso, é claro, pressupõe um esforço de fundamentação que vai muito além da mera citação do texto.

2.3 Caso presente e caso passado: padrões de identificação a partir de argumentos de princípio

Apesar do reconhecimento da concretude dos fatos e da importância de não escondê-los sob as tantas “camas de sentido” que grassam por aí, não pode bastar a afirmação de que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas.¹²⁰ Se assim fosse, cada interpretação do direito iniciaria de um *grau zero*, como se nada houvesse sido decidido anteriormente. Já foi dito e será revisto adiante que as decisões passadas dos tribunais, tanto no sistema de *stare decisis* quanto no modelo *legicêntrico*, exercem um importante papel na continuidade e na integridade da interpretação do direito, e devem ser levados em consideração. Porém, como se pode estabelecer a extensão da autoridade de cada precedente e sua aplicabilidade para os casos futuros?

Dworkin cunhou a expressão “força gravitacional” (*gravitational force*) para descrever a extensão da influência de um precedente.¹²¹ Casos existem que exercem uma força gravitacional para toda uma matéria jurídica (com especificações, exceções e ampliações): são os chamados *leading cases*.¹²² A

¹²⁰ Streck, Da Interpretação..., *op. cit.*, p. 150.

¹²¹ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 111.

¹²² Nos EUA, o *leading case* de todo o controle de constitucionalidade, por exemplo, é o já mencionado *Marbury v. Madison*. Em matéria de *torts* (responsabilidade civil extracontratual), o

tarefa que se põe à frente dos intérpretes, então, é a de verificar em cada caso presente a sua adequabilidade a uma decisão pretérita, e a sua inserção no “campo gravitacional” de um precedente.

O autor norteamericano adverte que a força gravitacional não pode ser capturada por qualquer teoria que tome o precedente como uma peça de legislação¹²³, e a distinção dworkiana entre legislação e precedente reside na separação dos argumentos de princípio e dos argumentos de política.¹²⁴ Dworkin afirma que o seu juiz modelar metafórico Hércules¹²⁵ considera argumentos de política enquanto interpreta a legislação, para poder vê-la à luz das responsabilidades políticas dos legisladores, mas só considera argumentos de princípio quando lê decisões judiciais. Faz questão de frisar que os argumentos do juiz permanecem sempre de princípio (“*His argument remains an argument of principle*”), mas ele usa a política para identificar quais direitos o legislador criou (“*he uses policy to determine what rights the legislature has already created*”¹²⁶).

Assim, a força do precedente deriva do princípio de justiça de tratar casos semelhantes de maneira semelhante (“*the fairness of treating like cases alike*”¹²⁷), preocupação que não há no campo da política. Se a administração pública pretender estimular o crescimento econômico investindo em construção de estradas, os construtores de casas não poderão invocar um direito de receberem os mesmos subsídios, porque a decisão é baseada em argumentos de política.¹²⁸ Porém, o mesmo Estado que condena um fabricante de automóveis a indenizar uma cliente que sofreu lesões em razão de um defeito no carro deve, ao menos, dizer por que

leading case é *Babcock v. Jackson* [191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963)]; na questão do aborto, o caso inaugural é o célebre *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)]. E assim por diante.

¹²³ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁴ A fundamental distinção dworkiana entre argumentos de política e de princípio está em seu *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 22 e seguintes. Basicamente, o autor entende por *política (policy)* o padrão que estabelece um objetivo a ser atingido em favor de uma melhora econômica, política ou social de toda uma comunidade; *princípio (principle)*, por sua vez, é um padrão que deve ser obedecido, não para obter um avanço econômico, político ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou de outra dimensão de moralidade.

¹²⁵ Hércules, na teoria de Dworkin, é a metáfora do juiz capaz da tarefa de encontrar a “resposta correta”.

¹²⁶ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 111, nota 1.

¹²⁷ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 113.

¹²⁸ Não é que Dworkin não reconheça algum limite na discricionariedade das escolhas com base em argumentos de política, simplesmente pontua como os limites se dão em bases diferentes (*v. Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 114).

razão deixa de condenar um empreiteiro que provocou dano econômico através do trabalho defeituoso de seus empregados.¹²⁹

A questão da identificação/diferenciação dos dois casos, então, não se radica em ver se o *texto* da decisão passada sobre o fabricante de automóveis garante ou não a indenização contra o empreiteiro. *Texto por texto*, poder-se-á dizer que sim ou que não: uma leitura demasiadamente estreita do precedente, por exemplo, dirá que ele garantiu o direito por indenização de *danos físicos causados por automóveis*, o que não se enquadra no caso subsequente; já uma leitura demasiado aberta poderá estabelecer que o precedente sustente o direito de *qualquer pessoa lesionada* a receber indenização, em qualquer circunstância. A verdadeira questão, contudo, passa pela pergunta sobre se o Estado, tendo agido de uma forma no primeiro caso, pode negar a condenação no segundo¹³⁰, considerando que ambas as decisões devem se basear em princípios, e, por consequência, estão obrigadas a tratar casos semelhantes de forma semelhante.

Assim, a mais importante conclusão a se tirar é a de que a força gravitacional do precedente só se origina dos argumentos de princípio usados em uma e outra decisão; os argumentos de política, por não obedecerem ao imperativo de justiça nos casos semelhantes, não têm qualquer campo gravitacional:¹³¹

[Hercules] must limit the gravitational force of earlier decisions to the extension of the arguments of principle necessary to justify those decisions. If an earlier decision were taken to be entirely justified by some argument of policy, it would have no gravitational force.

Disso decorre a necessidade de se identificar padrões de semelhança principiológica nos casos precedentes e presentes. Já se demonstrou como a definição de precedente se refere à sua validade na resolução futura de uma “mesma questão” jurídica. Gadamer, discorrendo sobre o “momento dialético da experiência”, lembra que, “Em sentido estrito, não é possível ‘fazer’ duas vezes a mesma experiência”.¹³² Pela mesma razão, dependendo-se do rigor com que se tomem os termos, será impossível decidir duas vezes a mesma controvérsia.

¹²⁹ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ “[Hércules] deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar essas decisões. Se um caso anterior fosse tomado como inteiramente justificado apenas em alguns argumentos de política, ele não teria força gravitacional” (*Ibidem*).

¹³² *Verdade e Método I*, *op. cit.*, p. 462.

Apesar disso, é possível identificar padrões relevantes de semelhança e diferença entre dois casos judiciais. É o mesmo Gadamer quem lembra que uma experiência nem sempre se esgota nos dados percebidos, pois “Também aprendemos a ver como os dados de nossos sentidos articulam-se cada vez em contextos interpretativos”.¹³³ E esses contextos interpretativos podem ser julgados em uma relação de identidade e diferença, como *conceitos reflexivos*. A identidade e a diferença não existem como absolutos, mas podem existir em uma posição relacional: “são conceitos que só ocorrem no pensamento”, diz Gadamer. E complementa: “Ambos devem ser dialéticos”.¹³⁴

Gadamer ainda aponta que, no movimento dialético, muito embora a repetição de uma mesma experiência seja impossível em sentido estrito, também é verdade que¹³⁵,

Quando se fez uma experiência, significa que a possuímos. A partir desse momento, o que era inesperado passa a ser previsto. Uma mesma coisa não pode voltar a converter-se para nós numa experiência nova. Somente um novo fato inesperado pode proporcionar uma nova experiência a quem já possui experiência. [...] Aquele que experimenta torna-se um experimentador: ganhou um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se para ele em experiência.

Assim é que é míope a banal afirmação do tipo “cada caso é um caso”. Em algum sentido raso ela é uma afirmação necessária, mas em outro ela ignora como uma decisão jurídica pode converter-se em experiência e significar um acréscimo no horizonte de sentido do intérprete. Não se começa uma interpretação de um *grau zero*, como na dúvida completa cartesiana; é necessário começar com um horizonte de sentido.¹³⁶ Os precedentes funcionam, no direito, como experiências: reduzem o conteúdo “inesperado”. A força gravitacional do precedente, como descrita por Dworkin, é de certa forma um horizonte de sentido gadameriano, com o qual se lerá o caso presente.

Segundo Gadamer, “toda a diferença talvez não passe de uma questão de critério. Se quisermos alcançar o que é verdadeiramente próprio, não podemos eleger um critério demasiadamente estreito”.¹³⁷ A doutrina da *common law* é

¹³³ *Verdade e Método II*. Trad. Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 98.

¹³⁴ *Verdade e Método II*, *op. cit.*, p. 106.

¹³⁵ *Verdade e Método I*, *op. cit.*, p. 462-463.

¹³⁶ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *op. cit.*, p. 153.

¹³⁷ *Verdade e Método I*, *op. cit.*, p. 444.

pródiga em ilustrações disso. Frederick Schauer, por exemplo, diz que, caso se decida que é permitido ao dono de um cão preto andar em uma calçada, também deve ser garantido ao dono de um cão marrom ou vermelho andar na mesma calçada.¹³⁸ Se a ler de forma demasiado estreita (cães *pretos* são permitidos), o intérprete não alcançará o que é próprio da decisão: o padrão de diferença/semelhança relevante é o cão, não a cor preta. Por isso, Schauer aponta que não deve ser permitido ao dono de um *carro preto* andar com o carro sobre a calçada.¹³⁹ O que o autor não chega a dizer é que a razão para este tratamento distinto é a de que o argumento de princípio que serve para autorizar o cão preto também convirá para autorizar o cão marrom ou vermelho, mas não suporta a permissão para um automóvel.

É assim que, para reconhecer padrões de identificação entre casos, o intérprete não pode se fiar em métodos ou técnicas: ele se vale da estrutura da linguagem. No mundo não-jurídico, ninguém confunde carros e cães, nem as responsabilidades de quem passeia um cachorro com as de quem dirige um automóvel. O intérprete está já-sempre em um mundo que faz essas equiparações e distinções, que nunca poderão ser exaustivamente determinadas, como se existissem sentidos pré-dados que simplesmente se acoplassem a cada nova hipótese.¹⁴⁰ O intérprete não pergunta por que compreende, porque, ao compreender, já compreendeu: é neste sentido que toda compreensão é necessariamente um existencial.¹⁴¹ Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem no mundo. Tribe e Dorf apontam como, na prática, o direito já parte do pressuposto de que os juízes saibam fazer as distinções necessárias para a aplicação de precedentes; quando são incapazes disso, não pode haver precedentes, nem mesmo direito (“*As a practical matter [...], law must proceed from the assumption that judges can tell the difference between the essential and the*

¹³⁸ Precedent, *op. cit.*, p. 577.

¹³⁹ *Ibidem.*

¹⁴⁰ Mesmo um positivista como Herbert Hart reconhece esse caráter de indeterminação prévia das distinções. Para ele, “[*the process of ‘distinguishing’ the earlier case involves finding some legally relevant difference between it and the present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined*” (“[o] processo de ‘distinguir’ o caso anterior envolve encontrar alguma diferença jurídica relevante entre ele e o caso presente, e o conjunto de tais diferenças jamais pode ser exaustivamente determinado”. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, 135).

¹⁴¹ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise, op. cit.*, p. 223.

trivial in reading and applying prior decisions. Otherwise, there would be no such thing as precedent, and indeed no such thing as law).¹⁴²

Aqui, o que importa é que o intérprete jamais conseguirá obter previamente o *sentido* que a decisão de permitir o cão preto terá para *todos* os casos seguintes, como se obtivesse acesso à *essência* da decisão desde um ponto de Arquimedes, fora da existência histórica. Seria a *essência* da decisão a de que “cães são permitidos”? Se assim fosse, o dono de um gato, por exemplo, não poderia invocar o precedente para andar com o seu animal de estimação por aquela calçada. Outra coisa: considerando que o cão anteriormente admitido pelo julgador anterior fosse um *poodle*, não seria duvidoso que o dono de um feroz *rottweiler* pudesse requisitar a mesma proteção?

Por isso é que Dworkin afirma que os princípios nunca são passíveis de um esgotamento de suas “exceções” (ponto que será retomado e desenvolvido adiante). Na busca pela *essência* normativa de um texto, muitos caem na armadilha de tentar especificá-lo a partir das reduções e ampliações que ele pode, em tese, comportar. No caso do cão, alguém poderia tentar capturar o sentido verdadeiro da decisão fazendo uma descrição estendida de seu *holding*, que abarcasse as exceções (“são permitidos cães, com exceção de cães ferozes”) e suas outras possibilidades de aplicação (“são permitidos cães e gatos”). Mas essas exceções e ampliações, no caso dos princípios, não podem ser exaustivamente listadas, assim no vácuo.

A tarefa dos compiladores lexicográficos de *essências*, assim, é sem sentido. Fica claro na interpretação de precedentes que não se pode captar sentidos sem a sua vinculação ao problema concreto que se quer solucionar. A compreensão se dá “unicamente desde a situação histórica na qual [o intérprete] se encontra”.¹⁴³ Também se verá adiante como as exceções e ampliações dos precedentes, decorrentes das necessidades da faticidade, são incorporadas no horizonte de sentido do intérprete, e não simplesmente à descrição ampliada de um conceito.

¹⁴² *On Reading...*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴³ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *op. cit.*, p. 221.

2.4 *Stare decisis no Brasil? Uma nota sobre os possíveis efeitos de um julgamento do Supremo Tribunal Federal que versa sobre os efeitos de outra decisão do mesmo STF*

Este quarto ponto deste capítulo vai quase como uma nota aos demais, mas que se exige muito longa para caber em um rodapé. É necessário interromper um pouco aqui a linha de raciocínio para prestar um esclarecimento sobre certa tentativa de implantação de um sistema de precedente vinculante em curso no Brasil. O título parece um tanto circular, o que se justifica porque o tema é justamente auto-referente: os efeitos de um julgamento sobre efeitos de uma decisão. A história do caso é a seguinte.

A Lei nº. 8.072, em vigor desde 1990, previa originalmente que a pena de quem fosse condenado por crime hediondo seria cumprida em regime prisional integralmente fechado (antiga redação do artigo 2º, §1º). Por muito tempo se discutiu a constitucionalidade dessa vedação de progressão de regime frente ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal), e o Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirmou que a proibição não feria a Constituição. Em 2006, porém, o entendimento da Corte mudou: por seis votos contra cinco, o STF concedeu ordem de *Habeas Corpus* a um paciente afirmando justamente a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90.¹⁴⁴

A decisão se tornou um *leading case* persuasivo e, muito embora não se vissem compelidos a seguir o entendimento da Suprema Corte, os juízes e tribunais inferiores tenderam a se adequar a ele, e passaram a exigir apenas o cumprimento de um sexto da pena (ou seja, a regra geral do artigo 112 da Lei de Execuções Penais) como requisito temporal para que o apenado por crime hediondo progredisse de regime. Tanto assim que o Congresso Nacional logo aprovou nova lei modulando a matéria (Lei nº. 11.464/07), passando a admitir a progressão de regime a partir do cumprimento de dois quintos da punição (três quintos para reincidentes). Os mesmos julgadores que já tinham se conformado à exigência de

¹⁴⁴ HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça de 1º/09/2006, em que ficou dito que "Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90".

apenas um sexto tiveram os dois ou três quintos por novidade *mais gravosa* aos condenados, e, por consequência, limitaram a sua aplicação aos fatos ocorridos após o início da vigência da lei nova. Todos? Não. Alguns continuaram tendo por constitucional a regra revogada (até com base no antigo entendimento do próprio STF, consolidado por anos), e, por conseguinte, viram a lei superveniente como *lex mitior*, com aplicabilidade imediata.

Até aí, era o jogo jogado. Aconteceu, porém, de a Defensoria Pública da União interpor uma Reclamação junto ao STF contra decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC), que negou o pedido de progressão de regime a condenado por crime hediondo que havia cumprido tão-somente um sexto da pena. A Reclamação (que ganhou o número 4335) tem por fundamento o *descumprimento da decisão* do STF no HC 82959/SP. Ou seja: o juiz do Acre vê-se “reclamado” por não ter “cumprido” uma decisão da Corte Suprema proferida no processo originário de São Paulo.

A Reclamação é um mecanismo processual com assento constitucional, e serve para que o Supremo possa exercer a “garantia da autoridade de suas decisões” (artigo 102, I, I, da CF, com regulação infraconstitucional nos artigos 13 a 18 da Lei nº. 8.038/90 e artigos 156 a 162 do Regimento Interno do STF). A pergunta que se põe, entretanto, é: este mecanismo pode ser usado para garantir a autoridade dos *entendimentos* exarados pelo STF?

Para começar a responder, é necessário remontar à questão sobre o tipo de “autoridade” de que se trata. O STF, obviamente, tem a máxima autoridade vinculante em decisões *inter partes* e no âmbito do processo que julga. O exemplo é melhor que a explicação: o juiz declarado coator no HC 82959/SP está evidentemente vinculado a não exigir uma fração maior de um sexto da pena como requisito temporal para a progressão de regime do paciente do HC 82959/SP. Negando-se ele a isso, é evidente o cabimento da Reclamação, para restabelecer a autoridade do Supremo. No caso de todos os demais apenados em todos os outros processos de execução penal em trâmite no Brasil, porém, a decisão do Supremo tem, por tradição, autoridade meramente persuasiva.

Uma coisa é a eficácia vinculante de uma decisão judicial em relação ao caso decidido (a “coisa julgada”), e outra é a autoridade que o critério de decisão nela adotado pode estender sobre juízes futuros, que sejam chamados a decidir casos semelhantes. É preciso estabelecer o limite da expressão “decisão” neste contexto.

A decisão de um caso nunca vale por si só como decisão de outro caso. Por consequência, não seguir um precedente não é o mesmo que *descumprir uma decisão*, como se fosse um desrespeito à coisa julgada. Nem mesmo no sistema de *stare decisis* uma negativa de aplicação de um precedente a um caso presente é corrigível por algum sistema criado para resolver uma insubordinação. Isso porque o seu contrário, isto é, o ato de “seguir o precedente” é também uma decisão judicial, é uma atribuição de sentido; não é uma mera imitação nem uma obediência cega.

A respeito disso, aliás, veja-se o paradoxo que o novo sistema *reclamacional* poderá gerar: se um juiz brasileiro resolver por bem, em uma sentença, descumprir diretamente um preceito legal ou mesmo constitucional, isso será tido como decisão judicial, inevitavelmente (“não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é.”¹⁴⁵). A decisão será reformada, ou até anulada. Mas, para isso, deverá ser objeto de recurso ordinário, como qualquer outra decisão: o sistema não concede qualquer atalho para a correição de tais “desobediências”. Entretanto, caso deixe de seguir um entendimento do Supremo exarado em controle *difuso* de constitucionalidade (e atenção: não se trata de desrespeitar súmula vinculante¹⁴⁶ ou decisão em controle concentrado, que até podem se igualar à lei para estes efeitos¹⁴⁷), a decisão poderá ser objeto de “providências” de forma direta pela Corte. A “autoridade” das teses ou entendimentos do STF, assim, passa a ser mais garantida do que a da lei ou mesmo a da própria Constituição.

¹⁴⁵ Streck, Lenio Luiz. *Hermetênica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – O caso dos crimes hediondos. Constituição, Sistemas Sociais e Hermetênica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006, p. 115.

¹⁴⁶ Aliás, não parece despropositado lembrar aqui que, caso o STF pretendesse exarar entendimento vinculante a respeito de tema, teria o meio da súmula para fazê-lo. Contudo, não contaria com o quórum suficiente para tanto: precisaria dos votos de dois terços de seus membros (artigo 103-A da CF), e a decisão que declarou a inconstitucionalidade da progressão de regime não obteve senão uma maioria simples de seis votos contra cinco.

¹⁴⁷ Também é oportuno mencionar que um dos juízos importantes que o STF toma quando faz controle concentrado de constitucionalidade é justamente a respeito da modulação de seus efeitos (artigo 27 da Lei nº. 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”). O mesmo é impossível em controle difuso, ainda mais quando realizado por maioria simples. Isso torna os efeitos do controle incidental não apenas equiparados aos do controle concentrado, mas eventualmente ainda maiores, porque não restringíveis nem limitáveis a uma eficácia *ex nunc*.

Sim, o STF decidiu que a vedação de progressão de regime é inconstitucional. Mas o fez como questão incidental em um caso concreto, não em tese. Quando atua em controle difuso de constitucionalidade, o STF é um tribunal de apelação. Dizem Streck, Cattoni e Lima que¹⁴⁸

o Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição da República) julga "as causas decididas em única ou última instância", ou seja, julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade *nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão*; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, *devolvido* a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República). [...] Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as "teses" – e não contra os julgados – do Supremo Tribunal Federal incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma situação contextualizada.

A advertência que fizeram esses autores ainda não foi suficientemente compreendida, e isso se dá porque o caso da constitucionalidade do antigo §2º, I, da Lei dos Crimes Hediondos ajuda a encobrir a real dimensão do problema. Hoje, essa discussão resumiu-se a uma questão matemática e binária. O Supremo pode simplesmente dizer que, "para crimes cometidos antes da vigência da nova lei, a fração é um sexto" (e é o que diz, ao fim e ao cabo), e facilmente se verá que o juiz que exige dois quintos "descumpra" esse "dizer". A extensão de efeitos *erga omnes* e *ex tunc* à decisão do HC 82959/SP é, em certa medida, perigosamente simples. Basta que se tenha por não-escrito o parágrafo atacado, e pronto. É como já se faz em controle concentrado de constitucionalidade, através de uma Ação Direta. Mas nem sempre será assim.

Ninguém parece ter se dado conta, até agora, de que julgamentos do STF haverá em que a questão constitucional dirá respeito mais claramente à aplicação da Constituição ao caso concreto. Mais uma vez, o exemplo é melhor do que a explicação.

¹⁴⁸ Streck, Lenio Luiz; Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto. 2008. Mutações na corte – A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Disponível no *site* Consultor Jurídico, em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso, acessado em 1º de maio de 2009 (publicado originalmente em 03 de agosto de 2007).

Suponha-se que em uma determinada unidade da federação o governo estadual resolva tributar os CDs, CD-ROMs e DVDs que acompanham revistas e livros nas bancas, entendendo que a concessão de tais “brindes” na verdade é uma venda velada de produtos tributáveis, feita assim apenas para driblar o Imposto sobre Comercialização de Mercadorias e Serviços. Entra, então, em vigor a Lei Estadual X, que estabelece a tributação de “CDs, CD-ROMs e DVDs que acompanhem revistas e livros, ainda que de forma nominalmente gratuita”. Uma editora – que publica um livro jurídico de 500 páginas que vem acompanhado de um CD-ROM com um software de perguntas e respostas relacionadas ao conteúdo do livro – consegue arguir no Supremo a inconstitucionalidade da lei estadual perante o artigo 150, IV, d, da CF. O argumento da ação é o de que o livro continua sendo livro, não se desnaturando pelo acréscimo de um conteúdo eletrônico que apenas auxilia na sua leitura e compreensão. O pedido, por sua vez, cinge-se ao reconhecimento da imunidade tributária daquele livro em particular, e ao cancelamento dos débitos de ICMS já lançados pela Fazenda Estadual. O STF julga procedente o pedido da editora, dizendo ser inconstitucional a tributação do tal livro, porque, afinal de contas, um livro com um CD-ROM grátis ainda é um livro, e é inconstitucional tributar livros e periódicos.

Imagine-se, agora, que, publicada a decisão, outra editora – responsável por uma revista que tem apenas uma página e acompanha um DVD com uma gravação de um show de uma cantora famosa, custando o mesmo preço de um DVD comum em uma loja especializada – ingressa com uma ação no primeiro grau, pedindo o reconhecimento da imunidade tributária à sua revista e ao seu formidável brinde. O juiz julga improcedente, sob o fundamento de que o produto em questão é tributável, pela incidência da Lei X. A editora *reclama*, então, diretamente ao STF, arguindo que a Lei X foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, porque estava a tributar livros e periódicos, o que havia sido expressamente reconhecido. A Lei X, diz, teria sido expurgada do mundo jurídico pelo controle de constitucionalidade (independentemente de qualquer ato seguinte), e o juiz não poderia levá-la em consideração; ao fazê-lo, contrariou a autoridade de decisão do STF. Foi mesmo?

Parece claro que não. Mas o que há de tão diferente entre o exemplo fictício e a Reclamação originária do *Habeas Corpus*? A diferença é que os fatos distintivos de um caso precedente às vezes são mais visíveis e outras vezes mais encobertos. Mas essa distinção não é mais do que aparente, porque *os fatos sempre estão lá*: é

impossível fugir da *faticidade*. A pergunta pela adequação do precedente aos fatos do caso atual sempre estará presente; sempre haverá alguém para dizer que o caso em exame é excepcional, e deverá haver um juiz para ouvi-lo.¹⁴⁹

É assim que não parece vã a exigência constitucional de que as declarações incidentais de constitucionalidade passem pelo Senado Federal antes de ganharem autoridade *erga omnes* (artigo 52, X, da CF). Além de ser uma prerrogativa democrática (de participação da sociedade no controle de constitucionalidade, por meio de representação¹⁵⁰), a suspensão expressa da vigência da lei pelo Senado cumpre o papel de definir a extensão da decisão do Supremo. Ficando estabelecido que a lei teve os efeitos suspensos, sabe-se logo que está como se fora revogada. Se não, a lei permanece em tese em vigor, e a constitucionalidade de sua aplicação será apreciada caso a caso (podendo ser objeto de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, que é justamente uma forma de controle de constitucionalidade em que se excluem hipóteses de aplicação sem alterar a literalidade do texto).

Não se pretende entrar em minúcias sobre o andamento do julgamento da tal Reclamação 4335/AC pelo Supremo Tribunal Federal, ainda não encerrado quando esta dissertação foi escrita, estando a votação dividida (dois votos pela procedência contra dois pela improcedência). Todavia, já foi possível identificar votos importantes – o do Min. Gilmar Mendes e o do Min. Eros Roberto Grau – a prover o pedido. Estes votos, de forma declarada, promoveram uma “mutação constitucional” (*sic*) no texto do artigo 52, X, da CF.¹⁵¹ Caso realmente prospere a ideia de que qualquer precedente do Supremo Tribunal Federal seja vinculante quando proferido em controle difuso de constitucionalidade, independentemente de qualquer provocação do Senado Federal (leia-se “independentemente de qualquer coisa”), pode-se correr o risco de se resvalar em direção à metafísica, vendo em decisões

¹⁴⁹ Albert Camus, em seu romance *A queda*, colocou as seguintes palavras na boca do narrador Clamence: “Sob esse aspecto, somos todos como aquele francesinho que, em Buchenwald, teimava em apresentar uma reclamação ao escrivão, prisioneiro como ele, que registrava a sua chegada. Uma reclamação? O escrivão e seus colegas riam: ‘Inútil, meu velho. Aqui não se reclama.’ ‘Mas veja bem meu senhor’, dizia o francesinho, ‘meu caso é excepcional. Sou inocente!’ Somos todos casos excepcionais” (Camus, Albert. *A Queda*. Trad. Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007, p. 61-62).

¹⁵⁰ Streck, Cattoni & Lima, *Mutações na corte...*, *op. cit.*

¹⁵¹ Não se vai aqui entrar no tema, bastante amplo e sofisticado, da “mutação constitucional”. Sobre isso, além do já mencionado artigo de Streck, Cattoni & Lima, pode-se consultar a própria referência teórica usada pelo Min. Eros Grau em seu voto, a obra de Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung* (Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1932. Há uma tradução espanhola: *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998).

judiciais a resolução de teses jurídicas que flutuam no ar, esperando para serem “acopladas”. Streck, Cattoni e Lima dizem como:¹⁵²

Ao pretender que caibam reclamações contra as suas *teses* e não contra as suas decisões proferidas em casos propriamente ditos (observe-se, estamos tratando do controle difuso, cuja *ratio* é o exame de casos concretos e questões prejudiciais), o Supremo Tribunal Federal desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma descontextualizada. Passam a ser “conceitos sem coisas”. E isso é metafísica, para utilizarmos uma linguagem cara à hermenêutica de cariz filosófico. Em outras palavras, a tese esgrimida pelo Ministro Gilmar Mendes reduz a discussão jurídica a questões de justificação da validade das normas. Ora, a discussão jurídica é *sempre concreta* e, confessemos, pela simples razão de que não somos metafísicos, não somos seres numerais: *até mesmo quando se faz controle concentrado, há concretude*. Afinal, há muito já se disse que a filosofia tem de descer dos céus para a terra, uma vez que os problemas estão cá em terra firme e não no mundo das idéias platônicas.

Ademais, se o meio da Reclamação for dado como apto para restabelecer autoridade das “decisões” do STF, por que o seu âmbito de incidência se limitaria ao controle de constitucionalidade? A Rcl 4335/AC poderá muito bem *abrir um precedente* para permitir o controle direto pelo STF sobre os graus inferiores de jurisdição, em outros casos de entendimentos exarados pelo Plenário, que não necessariamente o do controle difuso de constitucionalidade. Por que não ampliar o alcance dessa vinculação, por exemplo, primeiro à declaração de nulidade parcial sem redução de texto (*Teinichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*) ou à interpretação conforme a Constituição (*verfassungsgskonforme Auslegung*) – que também são, afinal, formas de controle de constitucionalidade –, e daí para todas as outras decisões? Apenas porque a Constituição não prevê efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo senão em casos especiais? Se for por isso, a Carta também não outorga este poder automaticamente às decisões do STF sobre inconstitucionalidade de leis exaradas em controle difuso, e exige a participação do Senado Federal na suspensão da execução de uma lei assim declarada incidentalmente. Quando é feita uma “mutação constitucional” (*sic*) que declaradamente substitui um texto normativo por outro, não parece longe a possibilidade de simplesmente se dar ampliação ao alcance de um texto já existente (ou já *mudado*).

¹⁵² Mutações na corte..., *op. cit.*

Assim, se acontecer de se instalar um *stare decisis* no Brasil, vinculando-se todos os juízes e tribunais inferiores aos precedentes do STF por essa via transversa da Reclamação, maior valia terão os aportes da *common law* e da hermenêutica jurídica na interpretação de precedentes, para que se possa resgatar a faticidade e resistir às objetificações e conceitualizações que se podem prever como resultado desse deslocamento do direito no sentido dos discursos de fundamentação descontextualizados.

3 O resgate hermenêutico dos precedentes judiciais

3.1 *Se as decisões não são prolatadas para resolver outros casos, como podem constituir indícios formais para a resposta dos casos futuros? A cláusula de “repercussão geral” e as tentativas frustradas de decidir “fora da história”*

Até agora, a atenção deste estudo ficou mais voltada aos problemas que a invocação vulgar de precedentes traz para a prática jurídica brasileira: o uso descontextualizado dos julgados (como *conceitos* ou como “*discursos prévios de fundamentação*”) e o sincretismo improvisado e descuidado entre os sistemas jurídicos. Porém, não se está a propor que as invocações de precedentes devam ficar restritas à *common law*, e que não possam ser objeto de fundamentação de decisões em sistemas romano-germânicos de direito. Ao contrário, a motivação *ad relationem* de decisões judiciais – aquela em que o juiz se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão – é uma tradição antiga e legítima na *civil law*.¹⁵³ Assim, muito menos se está a dizer que a invocação de precedentes seja um mal em si. Como já foi adiantado, os precedentes judiciais são úteis para a interpretação do direito. A partir daqui, então, vai se procurar estabelecer o valor hermenêutico dos precedentes judiciais.

Se ficou dito – até com alguma insistência – que as decisões judiciais não são elaboradas para resolver casos futuros, mas apenas com olhos na resolução do caso presente (ao menos na *common law*, onde surgiu a ideia de precedentes e de *stare decisis*), como poderá se dar que elas venham a ser levadas em conta no futuro? Em outras palavras, se não há pretensão de abstração e generalidade na resolução de um caso, como poderá essa resposta gerar um *campo gravitacional hermenêutico* que venha a atrair um número indeterminado de casos subsequentes?

É preciso, aqui, colocar outra questão. Seria verdade que os juízes brasileiros não têm essa pretensão generalizante? Ou, antes, eles decidem casos singulares com pretensão de resolver “coletivamente” todo um grupo de outros? A resposta requer explicações que parecerão uma digressão, mas cuja relevância logo ficará clara.

¹⁵³ Sobre a motivação *ad relationem*, v. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, *op. cit.*, p. 422.

Recorde o leitor que não se está a falar de súmulas. Estas, apesar de expedidas por tribunais, são mesmo proposições gerais e abstratas, nos moldes da produção legislativa, como já ficou dito no início do segundo capítulo (item 2.1). O problema está nos julgamentos de casos particularizados, para os quais às vezes se dá um tratamento pretensamente generalizante.

Novidade importante, a esse respeito, é a cláusula de “repercussão geral”, introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45/04¹⁵⁴ e pela Lei nº. 11.418/06 como um tipo de “filtro” das matérias que chegam ao Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários. Funciona assim: o STF está autorizado a só conhecer de recursos que apresentem “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (§1º do novo artigo 543-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº. 11.418/06). Além de uma iniciativa que simplesmente visa a reduzir o número de processos na Corte maior, anuncia-se a inovação também como uma tentativa de que o Supremo passe a julgar interesses *alheios à demanda individual*, ampliando a abrangência de um acórdão particular. O próprio Tribunal reconhece essa pretensão, quando afirma, em seu *site* oficial, que, “Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a *decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos*”.¹⁵⁵

Não há, porém, qualquer vinculação legal das instâncias inferiores à decisão do STF em demanda com repercussão geral. O que existe é um impedimento de recurso para a mesma Corte em matérias semelhantes, e a possibilidade de retratação do Tribunal de origem nos processos em que estiver pendente recurso extraordinário com fundamento na orientação firmada no Supremo (artigos 543-A, §5º, e 543-B do CPC). Entrar em detalhes sobre a distinção entre *efeito vinculante* e *efeito impeditivo de recurso* desviaria demais a linha-mestra deste capítulo, e é de se recordar que esta já é uma espécie de digressão. O que importa destacar é que, no que se refere aos efeitos que um entendimento sustentado mediante cláusula de

¹⁵⁴ Este é o texto do §3º do artigo 102 da Constituição Federal após a Emenda: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

¹⁵⁵ Verbete “Repercussão Geral” no Glossário Jurídico do *site* do Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>, acesso em 1º de maio de 2009 (sem grifo no original).

repercussão geral exerce sobre as instâncias inferiores (e não sobre a admissibilidade dos recursos perante o próprio Supremo), a ideia de que a decisão “será aplicada posteriormente” não é mais do que a manifestação de um desejo, vinculado a um projeto de *eficientização* e aceleração da Justiça, que permita aos ministros do STF decidir múltiplas causas “por concentração”. Mas, para realmente se tornar vinculante, o entendimento precisa ser sumulado para este fim (e aí se trata de outra coisa: súmula é não precedente).

Assim, a decisão de uma questão com repercussão geral não difere substancialmente de qualquer outra.¹⁵⁶ O julgador decide a questão posta no caso em exame; a influência que o julgamento irradiará em volta de si será uma derivação produzida pela comunidade jurídica, não por vinculação legal. A intenção do julgador neste particular, aliás, é absolutamente irrelevante. Pouco importa se está ou não pensando na influência *transcendente*¹⁵⁷ do julgamento que profere (e que se tornará um precedente logo adiante, com maior ou menor campo gravitacional). Isso não depende dele ou de suas intenções.

Por isso, encerra-se este tópico lateral respondendo que não importa, para uma teoria do precedente, a pretensão generalizante que juízes brasileiros porventura tenham acerca de seus entendimentos (e com frequência eles as têm)¹⁵⁸. Quando se diz que não se decide um caso para resolver outros, não se quer

¹⁵⁶ Como alerta para os efeitos de uma interpretação diferente (ou seja, de que as decisões de causas com repercussão geral possam se equivaler em efeitos ao controle concentrado de constitucionalidade, o que colocaria nas mãos do STF “um poder jamais visto no Brasil”), pode-se conferir o artigo de Fernando Faccury Scaff, *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*. *Revista Dialética do Direito Processual*, n. 50. São Paulo, 2007, p. 20 e segs.

¹⁵⁷ É o óbvio, mas não custa dizer: “transcendente”, aqui, está no sentido do que transcende os “interesses subjetivos da causa”, e não no sentido filosófico.

¹⁵⁸ Os exemplos disponíveis de intenções explícitas de juízes brasileiros em julgar projetando o futuro são tantos, que quem se propuser a escolher um sofrerá com o *embarras de choix*. Contudo, pela relevância, pode-se citar entrevista concedida pelo Min. Gilmar Mendes logo após o encerramento do julgamento da Petição 3388, o conhecido caso Raposa Serra do Sol. Ali, julgava-se, a rigor, apenas a alegação de nulidade da Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial que a homologou, determinando a demarcação contínua de uma reserva indígena no estado de Roraima. Depois da decisão pela parcial procedência do pedido (por 10 votos a 1, admitindo a demarcação contínua, mas impondo 19 condições para a sua validade), o Min. Gilmar disse ao jornalista Reinaldo Azevedo que se tratava “de uma decisão que tem o importante aspecto de estar também voltada para o futuro”, e também que “Os próximos casos a serem apreciados pelo Tribunal levarão em conta essas balizas e, de tal forma, esta decisão traça diretrizes constitucionais claras sobre os limites de atuação da Administração Pública” (Entrevista ao *blog* de Azevedo no *site* da revista *Veja*, disponível em: http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2009_03_29_reinaldo_azevedo_arquivo.html, postada em 31 de março de 2009, às 4h39min, acessada em 1º de maio de 2009. O *post* da entrevista tem o sugestivo título “Gilmar Mendes fala sobre Raposa Serra do Sol: As demarcações nunca mais serão as mesmas”). Ou seja, ao julgar a Pet 3388, o STF – ou, ao menos, seu Presidente – já tinha em mente outras questões indígenas a serem resolvidas no futuro, sejam elas já existentes e pendentes

dizer que os julgadores não saibam ou não imaginem que sua decisão poderá ser invocada como precedente, ou que não tenham responsabilidade para com isso. Mas há uma diferença considerável entre ser precedente e ser resposta automática a outras perguntas. Aspectos dessa diferença já foram estudados no capítulo anterior: o precedente não pode se autonomizar dos fatos que lhe deram origem (se o entendimento for sumulado, é outra história). Não é demais repetir que o precedente só poderá ser compreendido a partir da situação concreta em que foi produzido.

Entretanto, essa não-autonomização do precedente tem dupla face. Se, de um lado, não depende da ambição do redator do texto (no caso, o julgador do caso que vier a ser considerado precedente) dar uma extensão abstrata e geral ao que redige, tampouco a sua vontade pode limitar ou tolher o uso futuro que se fará de sua produção. Face à historicidade do ser, é impossível aprisionar o sentido de uma obra – mesmo uma decisão judicial –, de modo que ela se esgote naquilo que tem de único e originário. Diz Gadamer que “O fato de cada obra possuir seu mundo não significa que, uma vez mudado seu mundo original, já não possa ter realidade”.¹⁵⁹ Adiante, o filósofo desenvolve a noção de que o sentido de um texto não tem um *ponto final*.¹⁶⁰

o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam apenas novas fontes de erro de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, vão surgindo sempre novas formas de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em movimento e expansão.

Compreender, pois, é um processo de *história efetual*, pois “uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão”.¹⁶¹ É uma empresa infrutífera tentar decidir fora da história, e *isso envolve tanto a intenção de resolver universalmente todos os casos futuros,*

naquela Corte (como a ACO 304/MT, que trata da demarcação da reserva indígena Parabure, em Mato Grosso; a ACO 312/BA, acerca da área indígena Caramuru Catarina Paraguaçu, no estado da Bahia; e a ACO 469/RS, relativa à área dos Kaingang, no Rio Grande do Sul), ou ainda sequer iniciadas.

¹⁵⁹ *Verdade e Método I, op. cit., p. 221.*

¹⁶⁰ *Verdade e Método I, op. cit., p. 395.*

¹⁶¹ *Verdade e Método I, op. cit., p. 396.*

quanto a pretensão de decidir em uma individualidade absoluta e irrepetível. Toda decisão judicial está inevitavelmente lançada no mundo histórico.

Um bom exemplo disso é o caso *Bush v. Gore*¹⁶², julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2000, e que acabou por resolver a eleição presidencial daquele ano em favor do candidato republicano George W. Bush. Em resumo, a história do caso é a seguinte. Bush foi declarado vencedor da eleição no estado da Flórida, o que lhe garantiria a vitória no pleito federal.¹⁶³ Seu adversário democrata Al Gore, entretanto, questionou o resultado da eleição junto ao Poder Judiciário da Flórida, alegando a existência de problemas na contagem de cédulas em alguns distritos.¹⁶⁴ Em 08 de dezembro de 2000, a Suprema Corte da Flórida, por quatro votos a três, julgou procedente a pretensão do então vice-presidente e ordenou uma recontagem de votos em todo o estado.¹⁶⁵ A equipe jurídica de Bush, logo em seguida, questionou a decisão do Tribunal estadual frente à Suprema Corte Federal, que, em 12 de dezembro, determinou a cessação da recontagem. Por sete votos a dois, a USSC decidiu que a forma de recontagem determinada pela decisão da Flórida era uma violação da *equal protection clause* contida na 14ª Emenda e, por cinco votos a quatro, resolveu que não havia possibilidade de se apontar outro método de recontagem. Assim, o resultado da apuração na Flórida ficava definitivo, e Bush viria a ser presidente.

O resultado desse julgamento, entretanto, não é tão importante para efeitos deste estudo quanto o seguinte trecho da *opinion* majoritária: “*Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities*”.¹⁶⁶ Trata-se de uma tentativa da USSC de *blindar* a sua decisão *contra* o seu uso como um precedente. Os julgadores, de forma inédita, declararam que suas considerações são limitadas “às

¹⁶² *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Uma curiosidade: a defesa de Al Gore, liderada pelo advogado David Boies, contou com a ajuda do constitucionalista Laurence H. Tribe (citado repetidamente neste trabalho) em suas fileiras.

¹⁶³ Já é bem sabido que, nos EUA, as eleições presidenciais são separadas em cada estado, vencendo o candidato que obtém mais delegados estaduais na formação de um colégio eleitoral.

¹⁶⁴ A alegação era a de que alguns votos não haviam sido computados por deficiência no sistema de contagem automática de cédulas perfuradas, razão pela qual os democratas preferiam uma recontagem manual.

¹⁶⁵ *Gore v. Harris*, 772 S2d 1243 (2000).

¹⁶⁶ “Nossa consideração é limitada às presentes circunstâncias, em razão de que o problema de proteção igualitária em processos eleitorais geralmente apresenta muitas complexidades” (Título II B, 14º parágrafo).

circunstâncias presentes”, o que gerou intensa polêmica; isso foi visto como uma confissão de que a decisão foi casuística e política, e não jurídica.¹⁶⁷

A questão a se colocar é: essa ressalva feita na *opinion* basta para que *Bush v. Gore* deixe de ser um precedente? Ou ainda: dado um caso futuro, no qual se reconheçam padrões de identificações suficientes com a eleição de 2000 e a decisão da Suprema Corte, não poderá o interessado invocar a decisão pretérita como um fundamento de sua pretensão? E as Cortes dos futuros casos poderão (ou deverão) simplesmente colocar de lado esse caso pretérito, como se jamais tivesse sido arguido e decidido?

A resposta é não. Um caso dessa magnitude pode até não ser seguido em seu *holding* (no caso de ser *overruled* por uma decisão futura¹⁶⁸), mas não pode ser ignorado. Está lançado no mundo e existe na história. E *história* está aqui no segundo sentido de que fala Martin Heidegger, aquele em que “não significa tanto o ‘passado’ no sentido do que passou, mas a sua *proveniência*”. O filósofo complementa apontando que¹⁶⁹

O que tem “história” encontra-se inserido num devir. O seu “desenvolvimento” pode ser ora ascensão, ora queda. O que, desse modo, “tem uma história” pode, ao mesmo tempo, “fazer” história. É “fazendo época” que, no “presente”, se determina um “futuro”. História significa, aqui, um “conjunto de acontecimentos e influências” que atravessa “passado”, “presente” e “futuro”.

¹⁶⁷ Não foram poucos os que disseram que os votos dos juízes da USSC neste caso se deveram às suas preferências e filiações partidárias, e não a princípios jurídicos. A respeito disso, v. a obra de Alan Dershowitz, *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. New York: Oxford University Press, 2001. Em defesa da decisão da Corte, v. o livro de Richard Posner, *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution and the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

¹⁶⁸ Para não se pensar que haja uma contradição entre dizer que *Bush v. Gore* não pode deixar de ser um precedente e o que foi tratado na seção 2.3, *retro* – onde ficou afirmado que apenas decisões de princípio podem ser precedentes, e não as de política –, é preciso esclarecer que são coisas diferentes. Se porventura alguém arguir perante a Suprema Corte norte-americana um caso com padrões de identificação com *Bush v. Gore*, é possível que se deixe de seguir o precedente, sim, mas *com base na distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, jamais com fundamento no dictum casuística do voto majoritário*. Ou seja: *Bush v. Gore* pode deixar de ser vinculante, mas pelos seus defeitos jurídicos intrínsecos (por eventualmente vir a ser objeto de um “arrependimento institucional”), e não porque seus decisores assim o quiseram, dizendo que “suas considerações são limitadas às circunstâncias presentes”. Aliás, uma das maneiras de *overrule* o *holding* de *Bush v. Gore* seria o reconhecimento expresso, pela Corte Suprema, de que a decisão baseou-se em argumentos de política, o que só é provável de acontecer após uma considerável mudança na formação da USSC.

¹⁶⁹ Heidegger, Martin. *Ser e Tempo II*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 183-184.

O fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que *o direito rejeita os casuísmos*, e tende à integração e coerência. Ainda que um julgador histórico tenha pretendido decidir *fora da história* – produzindo uma decisão com ambição expressa de absoluta individualidade e unicidade, que *não tenha história*, que *não faça época* e que *fique no presente*, sem atravessar o futuro –, sua tarefa será frustrada, porque ele está desde-já-sempre jogado no mundo. A história do direito não começou em *Bush v. Gore*, e não terminará ali. O julgador move-se dentro de uma tradição, e não é mais do que aparente a ideia de que ele decida de forma livre de uma mediação com essa tradição, assim como o poeta “não inventa livremente a sua fábula, por mais que imagine que o faça”, pois, antes de sua produção ser fruto de seu livre-arbítrio, “ele dirige-se a espíritos já preparados”.¹⁷⁰

Dworkin pretende dissolver a tensão supostamente existente entre a história institucional e a originalidade judicial, afirmando que é impossível que o juiz faça uma escolha binária entre *história* e *justiça*. Isso porque os juízes, sempre que fazem novos julgamentos e estabelecem novos entendimentos, devem fazê-lo sobre direitos historicamente preexistentes.¹⁷¹

So the supposed tension between judicial originality and institutional history is dissolved: judges must make new fresh judgments about the rights of the parties who come before them, but these political rights reflect, rather than oppose, political decisions of the past. When a judge chooses between the rule established in precedent and some new rule thought to be fairer, he does not choose between history and justice.

Se um caso foi decidido como foi, ele o foi por alguma razão, e esta razão tem história: tem *proveniência* (no passado) e *projeção* (no futuro). Se essa mesma razão recomendar uma solução semelhante em um caso futuro, a decisão anterior será um indício formal da resposta ao novo caso. Diz Dworkin que decisões judiciais não são servidas em pedacinhos.¹⁷²

¹⁷⁰ Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 192.

¹⁷¹ “Assim a suposta tensão entre originalidade judicial e história institucional se dissolve: juízes devem fazer julgamentos novos e frescos acerca dos direitos das partes que vêm perante eles, mas esses direitos políticos refletem, ao invés de contradizerem, decisões políticas do passado. Quando um juiz escolhe entre a regra estabelecida em precedente e uma nova regra que se pensa ser mais justa, ele não escolhe entre história e justiça”. *Taking Rights...*, op. cit., p. 87.

¹⁷² “As práticas de precedente não supõem que as *racionais* que recomendam decisões judiciais possam ser servidas em pedacinhos dessa maneira. Se é reconhecido que um precedente em particular é justificado por uma razão particular; se aquela razão também recomendaria um resultado particular no caso em exame; se a decisão anterior não foi rejeitada como errada ou, de alguma outra maneira, tida como matéria de arrependimento institucional; então aquela decisão deve ser obtida no caso posterior”. *Taking Rights...*, op. cit., p. 115.

The practices of precedent do not suppose that the rationales that recommend judicial decisions can be served piecemeal in that way. If it is acknowledged that a particular precedent is justified for a particular reason; if that reason would also recommend a particular result in the case at bar; if the earlier decision has not been recanted or in some other way taken as a matter of institutional regret; then that decision must be reached in the later case.

Assim, em resposta à pergunta deixada no subtítulo desta seção, deve-se registrar que não só as decisões pretéritas *podem* conferir indícios formais para decisões futuras, como elas *não podem deixar de fazê-lo* uma vez que ganhem alguma dimensão de influência principiológica. *Não há uma quarta parede em um processo judicial.* O fundamento hermenêutico de uma teoria de precedentes inicia justamente no seu papel de salvaguarda da tradição, da coerência e da integridade do direito, a despeito das tentativas de fragmentação e dos casuísmos.

3.2 Pré-compreensão e tradição. Coerência e integridade

O valor hermenêutico do precedente judicial vem da constatação de que *não há grau zero na interpretação*, frase dita e repetida por Lenio Streck em muitas de suas obras¹⁷³, e já mencionada antes neste trabalho. Significa dizer que a compreensão da resposta a um caso concreto não é uma “primeira palavra”, que se dá no vazio. Cada interpretação está inserida no mundo histórico. Quando o intérprete se vê diante da tarefa de compreender algo, ele não pode atribuir sentidos aleatoriamente, como se nada estivesse a guiá-lo, como se a história se iniciasse e terminasse com suas palavras. Esse “começar do zero” é uma distorção do pensamento moderno que remonta à dúvida metódica de Descartes, que pretendia estabelecer um ponto inaugural (e metafísico) de toda a racionalidade no seu *cogito*, a mera constatação de que *o sujeito pensa*.

Ao contrário: na interpretação, “o mundo se dá” para o intérprete. Mas “o mundo não lhe é dado primeiramente como um conjunto de objetos, com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e

¹⁷³ V., por exemplo, o cap. 6 de *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 61-69, sob o título “A dupla estrutura da linguagem e de como não é possível estabelecer um ‘grau zero’ na compreensão [...]”.

funções”.¹⁷⁴ O mundo já vem com um significado e se insere em uma totalidade de significados de que o intérprete já dispõe: seus pré-juízos (*Vorurteilen*), que formam sua pré-compreensão (*Vorverständnis*). Os pré-juízos guiam o intérprete na descoberta das coisas.

Mas é um erro vulgar pensar que os pré-juízos – assim como a afirmação de que “o intérprete sempre atribui sentido ao texto” – habilitem alguém a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, a partir de suas opiniões e preferências pessoais. O que Gadamer chama de a *primeira* de todas as condições hermenêuticas é justamente a noção de que, para compreender alguma coisa, é necessária a disposição de “ter de se haver com essa mesma coisa”.¹⁷⁵ A consciência do intérprete não é dona do que chega a ele.¹⁷⁶ A compreensão se dá quando algo interpela o intérprete: utilizar uma oportunidade de fala (em um processo judicial, por exemplo) apenas para reproduzir uma impressão pessoal não é compreender o caso posto em exame. Compreender exige um horizonte, e alcançar um horizonte requer esforço pessoal, para impedir uma assimilação precipitada por uma expectativa de sentido.¹⁷⁷

Existe uma tensão evidente entre o texto e os “preconceitos que trazemos conosco” (“horizonte de um presente”).¹⁷⁸ Diz Gadamer que “A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente”.¹⁷⁹ Isso implica a suspensão da validade dos pré-juízos, provocando-os. Este é o momento do encontro com a tradição, e, pois, com a alteridade. “Esta é a condição hermenêutica suprema”.¹⁸⁰

Tradição, aqui, está no sentido que lhe deu Martin Heidegger, de uma *transmissão*¹⁸¹ à qual o sujeito da compreensão não pode renunciar. Mas, ao mesmo tempo, “a tradição não nos entrega à coerção do passado e do irrevogável. Transmitir, *délivrer*, significa pôr na liberdade do diálogo com aquilo que já foi”.¹⁸² Gadamer concorda, dizendo que a dignidade da experiência hermenêutica consiste

¹⁷⁴ Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 196.

¹⁷⁵ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 390.

¹⁷⁶ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 595.

¹⁷⁷ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 404.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 405.

¹⁸⁰ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 395.

¹⁸¹ Vale lembrar que, na origem latina, *traditionis* significa o “ato de dar”. Daí também se origina o conceito de tradição no direito civil, aquela mesma que transfere a propriedade dos bens móveis (artigo 1.267 do Código Civil Brasileiro).

¹⁸² Heidegger, *apud* Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 210.

em que “não estamos simplesmente nos subordinando a algo já conhecido, mas o que se encontra na tradição é algo que nos fala”.¹⁸³ A tradição, então, é o que permite uma mediação, um diálogo entre o intérprete e a realidade.

É assim que uma decisão judicial deve ser sempre um encontro dialético dos pré-juízos do intérprete com a tradição e a alteridade. A hermenêutica jurídica rejeita as concepções relativistas do direito, que demonstram descompromisso com os fundamentos e resultados das interpretações. Streck tem por correta a advertência de Ronald Dworkin¹⁸⁴ no sentido de que se deve evitar a armadilha – em que têm caído tantos professores de direito – da opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula para distinguir boas e más decisões e como juristas e juízes certamente divergirão em um dado caso complexo, nenhum argumento é melhor do que o outro, o que faz do raciocínio jurídico uma perda de tempo. E complementa o comentário à obra do jurista norteamericano dizendo que:¹⁸⁵

Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, *que decorre da integridade*, nas decisões que tomam.

O grifo na citação acima – que não está no original – vem ao propósito de pontuar como a *integridade* do direito é o elemento restritivo à arbitrariedade da decisão na teoria dworkiana. E no pouco que Gadamer escreveu especificamente sobre a hermenêutica jurídica, ficou registrado que “A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do *conjunto*” (mais uma vez, sem grifo no original). Isso advém da exigência, que está na base do direito, de que “a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção”.¹⁸⁶

Assim, há um ponto de contato fundamental entre Gadamer e Dworkin no que se refere à necessidade de integração do direito, preocupação que é compartilhada também por Tribe e por Streck. Em seu *Law's Empire*, Dworkin discorre longamente sobre sua concepção de direito como integridade (*law as integrity*). A premissa é a de que o direito está estruturado em uma base coesa de princípios, e de que os

¹⁸³ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 629.

¹⁸⁴ Registrada em Dworkin, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203 e segs.

¹⁸⁵ Streck, Da Interpretação..., op. cit., p. 157-158.

¹⁸⁶ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 433.

juízes estão obrigados a aplicá-los de maneira coerente nos casos que têm diante de si:¹⁸⁷

Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to these standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle.

Dworkin ilustra a sua tese de integridade com a imagem de um romance em cadeia (*chain novel*), em que cada julgador é o escritor de uma parcela ou capítulo de um livro em construção. Esses romancistas, no exemplo do autor, tomam a responsabilidade de continuidade a sério, porque pretendem criar, tanto quanto possam, um romance único e coeso que seja o melhor possível (“*they aim jointly to create, so far as they can, a single unified novel that is the best it can be*”¹⁸⁸). Neste contexto, cada escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que os seus predecessores já escreveram. Em outro livro seu, *A Matter of Principle*, Dworkin afirma que decidir casos com base em precedentes pode ser bastante parecido com esse estranho exercício literário:¹⁸⁹

Each judge is then like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not only to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively done, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written.

Dessa forma, os precedentes ganham o status de indícios formais (*formale Anzeige*) para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o direito em sua integridade. Como diz Dworkin, acima, não se trata apenas de saber o que os julgadores passados disseram, mas o que a sua obra significa *coletivamente*. Streck

¹⁸⁷ “O direito como integridade requer que os juízes assumam, tanto quanto possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e devido processo, e requer deles que efetivem esses princípios nos casos novos que vem perante eles, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa de acordo com tais padrões. Esse estilo de adjudicação respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípio”. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 243.

¹⁸⁸ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 229.

¹⁸⁹ “Cada juiz é então como um romancista-em-cadeia. Ele ou ela deve ler através do que outros juízes no passado escreveram não apenas para descobrir o que esses juízes disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes coletivamente *fizeram*, no sentido em que cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo até então escrito”. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 159.

afirma que uma decisão passada, muito embora não seja constituída para responder a outras perguntas que não a sua própria, “pode/deve ser utilizada no processo de integração do direito, para, enquanto pré-compreensão, servir de indicativo formal para a conformação da próxima resposta”.¹⁹⁰

Cada juiz é parte de um complexo empreendimento, e está imerso em uma tradição que inclui decisões, estruturas, convenções e práticas muito diferentes das suas, tradição à qual deve dar continuidade. Gadamer, comentando uma afirmação de Jacob Burckhardt, diz concordar que a continuidade da tradição da cultura seja a própria condição de existência da cultura.¹⁹¹ Da mesma forma, a continuidade e a integridade da tradição do direito é condição de possibilidade do próprio direito. Diz Dworkin sobre a responsabilidade do julgador frente à continuidade do direito:¹⁹²

Any judge forced to decide a lawsuit will find, if he looks in the appropriate books, records of many arguably similar cases decided over decades or even centuries past by many judges of different styles and judicial and political philosophies, in periods of different orthodoxies of procedure and judicial convention. Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine, according to his own judgment, what the earlier decisions come to, what the point or theme of the practice so far, taken as a whole, really is.

É notável, pois, a verdadeira responsabilidade do julgador frente aos precedentes, em comparação com as desonerações operadas pelos usos discriminados dos verbetes descontextualizados e dos pretensos “discursos prévios de fundamentação”. Os precedentes, quando bem compreendidos, têm valor inestimável, por exemplo, para o reforço da aplicação dos princípios constitucionais. Como já foi dito mais de uma vez, a continuidade da tradição não implica uma

¹⁹⁰ Da Interpretação..., *op. cit.*, p. 163.

¹⁹¹ *Verdade e Método I*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁹² “Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juizes de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais as ortodoxias procedimentais e as convenções judiciais eram diversas. Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é sua função continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem em mãos, ao invés de guinar em uma nova direção apenas sua. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”. *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 159.

repetição mimética do que foi dito pelos outros anteriormente. Ao inverso, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão. A interpretação é uma fusão de horizontes: no que respeita aos precedentes, a interpretação se dá com a fusão do horizonte do intérprete com o horizonte do *todo da prática jurídica estabelecida até então*. E a escolha de Gadamer da noção de *horizonte* para designar essa instância da compreensão não é por acaso: “Um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar”.¹⁹³

Algumas vezes se atribui à hermenêutica jurídica, de forma negativa, um papel passivo frente às mutações e avanços culturais. É um erro. A necessidade de continuação da tradição não é passividade. Em um país que tem uma Constituição democrática e um passado de direito autoritário – caso do Brasil –, não só a tradição não é desprezível como é ainda mais importante para a interpretação constitucional. Isso porque é em casos assim que o conteúdo material da Constituição deve ser mais protegido contra decisionismos, arbitrariedades e retrocessos. É verdade que a história do direito autoritário pré-1988 pode se fazer presente como pré-compreensão. Contudo, bem compreendido o paradigma hermenêutico, ele exigirá o destaque (*Abhebung*) dos pré-juízos, e o necessário reconhecimento dos pré-juízos autoritários como inautênticos frente à nova ordem constitucional. São inautênticos simplesmente porque a Constituição os rejeita, e o intérprete não tem liberdade para entender de forma diversa.

Assim, o julgador está em diálogo com a tradição, e não em estado de passividade. O *todo da prática jurídica até então* se apresenta a ele com alguma autoridade, com a qual ele deve se haver. Para que isso seja bem compreendido, contudo, é preciso atravessar toda uma crosta de preconceitos contra o valor vinculante da tradição e da autoridade. O racionalismo tentou combater esse valor, passando a se apoiar na liberdade individual (a razão própria). Gadamer ensina como essa imprecisão contra a autoridade tem origem na crítica da *Aufklärung* dirigida à tradição religiosa do cristianismo, que ficou cristalizada no princípio fundamental formulado por Kant: “tem coragem de te servir do teu próprio entendimento”.¹⁹⁴

¹⁹³ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 330.

¹⁹⁴ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 362.

No direito brasileiro, algo parecido acontece. Quando vigorava no país um direito autoritário – na Constituição, nas leis e também na doutrina e na jurisprudência –, levantou-se uma importante e forte crítica à autoridade do que era legado como *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*. Reforçou-se a liberdade individual do intérprete; teorias vieram para legitimar as decisões judiciais como atos de *vontade* e de *sentimento*, libertando o juiz de quaisquer limites à sua subjetividade. Era algo como a convocação kantiana: os juízes deveriam ter a *coragem* de rejeitar e enfrentar a tradição sufocadora que emanava dos livros clássicos e das velhas práticas.

Os tempos, entretanto, são outros. O descrédito em que caiu qualquer tipo de pré-juízo derivado da autoridade, tornado universal e radical, acaba se tornando um empecilho para a realização da Constituição. A reabilitação do valor da autoridade é tarefa urgente. E ela começa pela constatação de que essa “liberdade” postulada pelo subjetivismo é, na verdade, uma impossibilidade. Pergunta Gadamer:¹⁹⁵

Será verdade que achar-se imerso em tradições significa em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade? O certo não será, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras?

Na sequência, o filósofo aponta o erro em que incorreu a *Aufklärung* ao identificar a autoridade como “culpada de que não façamos uso da própria razão”. Essa oposição, segundo ele, até teve alguma razão de ser, pois “Enquanto a validade da autoridade ocupar o lugar do juízo próprio, a autoridade será uma fonte de preconceitos”. “Mas”, prossegue, “isso não exclui o fato de que ela pode ser também uma fonte de verdade”.¹⁹⁶ Assim, a autoridade não pode ser oposta à liberdade como uma exigência de obediência cega. “A essência da autoridade não é isso”, ela não tem seu fundamento em um “ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento”. Esse reconhecimento é uma ação da própria razão, que, “tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada”.¹⁹⁷

O direito só poderá ter pretensão à integridade quando for reconhecida pelos juristas a autoridade do legado da tradição. É um legado que não cobra obediência

¹⁹⁵ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 367.

¹⁹⁶ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 370.

¹⁹⁷ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 371.

(no sentido de sua reprodução mimética e irrefletida), mas diálogo. Exige, sim, a abertura para a possibilidade de que o outro tenha uma visão mais acertada. A tradição pode ser uma fonte de pré-juízos autênticos.

Na verdade, os preconceitos inautênticos só podem ser afastados quando eles vêm à tona e são destacados. Se a história do Brasil é marcada por opressão, os efeitos dessa história operam em toda a compreensão, mesmo que nem sempre o intérprete esteja consciente disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência é uma deformação do conhecimento¹⁹⁸, e a tendência a repetir a mesma história (porque ela não se apresenta como tal, o que permite que se reproduza como derivação “natural”). O intérprete já-sempre está na situação hermenêutica, encontra-se frente à tradição, queira ou não. É o paradigma hermenêutico que possibilita a superação desses preconceitos opressivos, ao exigir que o intérprete os suspenda e “tenha de se haver” com a Constituição. Os “métodos” e os silogismos caso-regra até agora só sustentaram esse estado de coisas. Apenas com o vir-a-ser hermenêutico da Constituição é que a negação do autoritarismo vai se dar *comme il faut*: não porque o intérprete quer (porque é “progressista” ou tem “bom coração”), mas porque a ordem constitucional vem à fala e o exige.

Assim é que ganha conteúdo deontológico, por exemplo, o princípio da proibição de retrocesso social, segundo o qual o Estado, após ter cumprido uma tarefa constitucionalmente imposta para realizar um direito fundamental e/ou social, não pode voltar atrás e revogar o avanço. Cria-se, com isso, uma obrigação negativa para o Estado, logo após ele ter cumprido uma obrigação positiva. O Tribunal Constitucional de Portugal já assegurava esse princípio em meados da década de 1980, no célebre Acórdão n. 39/84.¹⁹⁹

O precedente do TCP serve a dois propósitos. O primeiro, e mais óbvio, é o de servir como indício formal da própria normatividade do princípio, servindo como *leading case* e apontando aos julgadores presentes e futuros, de Portugal e de fora, a necessidade de segui-lo. O segundo, que diz com o conteúdo do princípio, é o de

¹⁹⁸ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 398.

¹⁹⁹ “Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anteriores. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los”. Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português. Relator: Cons. Vital Moreira. Diário da República, 1ª série, de 05 de maio de 1984.

demonstrar como a continuidade da tradição jurídica não tem um sentido aleatório, que pode ser determinado pela subjetividade do intérprete, nem um conteúdo fixo, avesso aos avanços sociais (não parece exagero repetir a lição de Dworkin sobre a responsabilidade do juiz: “*He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own*” – “Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem em mãos, ao invés de guinar em uma nova direção apenas sua”). Ao contrário, a continuidade da tradição jurídica deve ser compreendida, no Brasil, como o prosseguimento da efetivação dos princípios e objetivos fundamentais da República, listados no Título I da Constituição Federal.²⁰⁰ Se os retrocessos são vedados até à atividade legiferante (como ficou estabelecido pela Corte portuguesa), com mais razão eles são proibidos na atividade judicial.

É nesses termos que o precedente judicial adquire papel decisivo na tarefa da continuidade da tradição e da integridade do direito. Sua influência e seu campo gravitacional serão tão mais fortes quanto maior for seu vetor de concretização de princípios constitucionais. O modo como isso se dá na interpretação será visto a seguir.

3.3 A maneira como o precedente judicial contribui para a integração do direito. Desintegração (fragmentação) e hiperintergração

Retomando a ideia de “romance em cadeia” e o trecho de Dworkin transcrito acima, vê-se que a compilação dos precedentes judiciais pelo juiz obrigado a decidir uma causa poderá informar-lhe qual o *propósito* e o *tema da prática jurídica* – *como um todo* – *estabelecida até então*. A sutileza, aqui, é que esse conhecimento, pelo juiz, não lhe desonera de seguir escrevendo o “romance”. Há duas coisas que ele

²⁰⁰ Não é demais lembrar que a República Federativa do Brasil não é um barco à deriva, sem rumo e sem destino a seguir. Ela tem princípios (soberania, cidadania, dignidade da pessoa, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político) e objetivos fundamentais (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento; erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos). Esses princípios e fins não são meras declarações de intenções: têm assento constitucional (artigos 1º e 3º da CF) e conteúdo deontológico que vincula todo o direito nacional.

não pode fazer: a primeira, simplesmente desconhecer o todo das práticas e decisões, prosseguindo a obra coletiva como se tivesse total discricionariedade (o que equivaleria a escrever o seu capítulo de um modo *non sequitur*, completamente incoerente com os capítulos anteriores, com novos personagens e lugares e sem seguir as ações iniciadas previamente); a segunda, repetir mecanicamente o que já ficou dito pelos outros que o antecederam (que representaria que o escritor, ao invés de seguir a história do romance, simplesmente copiou o capítulo anterior, o que também é uma quebra de continuidade).

Assim, quando se diz que o juiz tem uma obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não significa que ele deve ser “a boca da jurisprudência”. Menos ainda se quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. A integridade não traz semelhantes facilidades e, ao contrário, traduz-se em um ônus adicional.

Para começar, o respeito à integridade do direito impede o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação, baseando-se unicamente neles para a resolução do caso. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro da *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*. O intérprete não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos disseram (porque o que eles disseram, em si, não é lei nem é vinculante), mas com o que eles fizeram coletivamente. “*Fitting what judges did is more important than fitting what they said*”, diz Dworkin.²⁰¹ É a obra coletiva que forma a tradição, com a qual o intérprete está obrigado a lidar e dialogar.

A especificação exagerada da singularidade de um caso, negando a sua vinculação com a *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*, leva à falácia da *desintegração* ou *fragmentação* do direito. Há, por outro lado, o risco da falácia da *hiperintegração*, quando se tenta tratar casos distintos como objetos de uma mesma regra geral, ignorando que, embora deva ser íntegro e o coerente, o direito é também distinção e diferenciação. Desintegrar é ignorar que as partes estão conectadas em um todo. Hiperintegrar é esquecer que o todo é composto de partes. Tribe e Dorf ilustram como o intérprete deve evitar estes dois polos antagônicos através da imagem de Cila e Caribdes, monstros terríveis que ficam sobre dois

²⁰¹ “Adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram”. *Law’s Empire*, *op. cit.*, p. 248.

rochedos no mar, no meio dos quais o barco de Ulisses deve passar, na Rapsódia XII da Odisseia: “*just as we strive to avoid the Scylla of hyper-integration, so too must we steer clear of the Charybdis of dis-integration*”.²⁰²

Isso quer dizer que, de um lado, uma decisão judicial deve ser coerente com o todo da prática jurídica, porque o direito rejeita os casuísmos típicos da política. Mas, de outro lado, as distinções e particularidades dos casos exigem respostas individualizadas. Assim, a integração do direito não se confunde com passividade frente às práticas estabelecidas, nem com obscurecimento das exigências distintivas dos casos. A integridade e a coerência só podem ser vistas no contexto de *continuação de uma obra*, e não como instâncias estáticas.

Tribe e Dorf, ao falarem sobre desintegração e hiperintegração, estão mais preocupados com a leitura direta da própria Constituição, ou seja, com a fragmentação da Constituição em partes desconexas ou com a visão dela como um todo unitário que sufoca o valor das partes.²⁰³ Contudo, as falácias também valem para a leitura de precedentes. A desintegração do direito ocorre quando um julgador identifica um grau exagerado de singularidade no caso presente, que lhe permite ignorar os direitos gerais previamente estabelecidos em outros casos. Um exemplo disso é a decisão do já mencionado caso *Bowers v. Hardwick* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1986, no contexto da evolução do entendimento sobre o direito à privacidade e sobre a inadequação de proibições de práticas sexuais consensuais entre adultos frente à 14^a Emenda à Constituição norteamericana, uma das adições do pós-guerra civil e que instituiu, entre outras, as cláusulas de devido processo (*due process*) e proteção igualitária (*equal protection*).²⁰⁴

O histórico resumido da discussão é o seguinte. A tradição do direito norteamericano previa que os direitos e deveres relativos ao sexo só ganhavam

²⁰² “Assim como nós nos empenhamos em evitar a Cila da hiperintegração, também devemos desviar da Caribdes da desintegração”. Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 31. Na Odisseia, enquanto Ulisses e seus homens encaravam Caribdes, temerosos da morte, Cila, atacando pelo outro lado, arrebatou e devorou seis dos marinheiros, o que Ulisses descreveu como “o mais lancinante espetáculo por meus olhos presenciado durante minha penosa peregrinação por sobre as águas do mar” (Homero. *Odisseia*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2003, p. 163).

²⁰³ Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 21-30.

²⁰⁴ Este é o trecho da 14^a Emenda que se refere a essas garantias: “*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*” (“nem deve qualquer estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ou negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a proteção igualitária das leis”). As cláusulas de proteção igualitária e devido processo são consideradas o coração do chamado “segundo *Bill of Rights*”, formado pelas 13^a, 14^a e 15^a Emendas [Neuborne, Burt. An Overview of the Bill of Rights. *In*: Morrison, Alan B. (org.). *Fundamentals of American Law*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 116].

proteção legal através do contrato de casamento. E, assim, toda relação sexual fora do casamento ficava “desprotegida”, sendo passível de punição pelas legislações estaduais. Atos sexuais, mesmo os consensuais entre adultos, eram comumente tratados como questão de Estado.

Foi em 1965, em meio à onda liberalizante das questões sexuais dos anos 1960, que a Suprema Corte reconheceu pela primeira vez o direito à privacidade dos casais em matéria sexual. No julgamento do caso *Griswold v. Connecticut*²⁰⁵, o Tribunal declarou inconstitucional uma lei estadual que baniu o uso de contraceptivos entre pessoas casadas, por violar o direito à privacidade já anteriormente localizado na 1ª Emenda e o *due process* da 14ª Emenda.²⁰⁶ Muito embora o caso *Griswold* fizesse menção expressa à sua limitação às pessoas casadas²⁰⁷, o direito à privacidade foi estendido pelo caso *Eisenstadt v. Baird*²⁰⁸, quando a Suprema Corte afastou lei do estado de Massachussets que proibia a distribuição de anticoncepcionais para pessoas não casadas, e também em *Carey v. Population Services International*²⁰⁹, quando invalidou a proibição da venda comercial de contraceptivos não-médicos.²¹⁰ Nos anos 1970, o Tribunal máximo dos EUA analisou o célebre e ainda controverso caso *Roe v. Wade*²¹¹, no qual derrubou a proibição do aborto no país, também por ferir o direito à privacidade estabelecido nos casos anteriores (o que será melhor explicado a seguir).

Em *Bowers v. Hardwick*, porém, o direito à privacidade sofreu uma nova limitação. Michael Hardwick foi preso em sua casa, por crime de *sodomia*, enquanto praticava sexo oral em outro homem (curiosamente, a lei do estado da Geórgia incluía no conceito de *sodomy* tanto o sexo anal quanto o sexo oral). O promotor local decidiu arquivar o caso, mas Hardwick processou o *Attorney General* (algo como o Procurador-Geral) da Geórgia, Michael Bowers, buscando uma declaração de inconstitucionalidade da lei que resultara na sua prisão. Após uma vitória de Hardwick na Corte de Apelação do 11º Circuito, o estado da Geórgia arguiu o caso perante a USSC, onde uma apertada maioria de cinco juízes contra quatro decidiu que o *holding* dos casos *Eisenstadt* e *Roe* reconheciam apenas o direito de se

²⁰⁵ 381 U.S. 479 (1965).

²⁰⁶ Neuborne, *An Overview...*, *op. cit.*, p. 112.

²⁰⁷ A *opinion* do caso referia-se expressamente aos “*constitutional rights of the married people*” (“direitos constitucionais das pessoas casadas”).

²⁰⁸ 405 U.S. 438 (1975).

²⁰⁹ 431 U.S. 678 (1977).

²¹⁰ Neuborne, *An Overview...*, *op. cit.*, p. 112-113.

²¹¹ 410 U.S. 113 (1973).

engajar em atividades sexuais procriadoras, não havendo um *direito à homossexualidade*. Na *opinion* majoritária, redigida pelo Justice Byron White, ficou dito que:²¹²

The Constitution does not confer a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy. None of the fundamental rights announced in this Court's prior cases involving family relationships, marriage, or procreation bear any resemblance to the right asserted in this case. And any claim that those cases stand for the proposition that any kind of private sexual conduct between consenting adults is constitutionally insulated from state proscription is unsupportable.

Veja-se como White conseguiu subtrair o caso *Bowers* da continuidade da linha de precedentes, que progressivamente reconhecia direitos de intimidade e não-invasão estatal ao sexo consensual entre adultos, e fez isso centralizando a questão em um nível de especificidade exagerado: a pergunta sobre se há ou não um “direito fundamental de se engajar em sodomia”. É evidente que os casos anteriores não estabeleciam tal direito. Mas a questão posta no caso não era esta. O Justice Harry Blackmun, em sua divergência no caso *Bowers*, já criticava a prática de estabelecer pontos de extrema singularidade ao julgar direitos fundamentais:²¹³

[The case Bowers v. Hardwick] is no more about “a fundamental right to engage in homosexual sodomy” than Stanley²¹⁴ was about a fundamental right to watch obscene movies, or Katz v. United States²¹⁵ was about a

²¹² “A Constituição não confere a homossexuais um direito fundamental de se engajar em sodomia. Nenhum dos direitos fundamentais anunciados nos casos anteriores desta Corte, envolvendo relações familiares, casamento ou procriação, guarda qualquer semelhança com o direito afirmado neste caso. E é insustentável qualquer alegação de que aqueles casos suportem a proposta de que qualquer conduta sexual privada e consentida entre adultos seja constitucionalmente insulada da proscricção estadual”.

²¹³ [O caso *Bowers v. Hardwick*] não é mais sobre ‘um direito fundamental de se engajar em sodomia homossexual’ do que *Stanley* foi sobre um direito fundamental de assistir a filmes obscenos, ou *Katz v. United States* foi sobre um direito fundamental de fazer apostas interestaduais de um telefone público. Antes, este caso é sobre ‘o mais abrangente de todos os direitos e o direito mais valorizado entre homens civilizados’, a saber, “o direito de ser deixado em paz”.

²¹⁴ Ele está se referindo a *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), caso em que a polícia da Geórgia foi cumprir um mandado de busca e apreensão de material usado para apostas ilegais na casa do *bookmaker* Robert Eli Stanley, e acabou por encontrar rolos de filmes pornográficos. Stanley foi acusado e condenado pela posse de material obsceno, proibida pela lei estadual, mas conseguiu arguir o caso perante a USSC, que julgou que a criminalização da posse privada de tais materiais feria a 1ª e a 14ª Emendas à Constituição.

²¹⁵ 389 U. S. 347 (1967). Charles Katz utilizava uma cabine de telefone público de Los Angeles para fazer apostas em Miami e Boston, e teve suas conversas gravadas por um dispositivo eletrônico instalado pelo FBI na cabine. Foi condenado por jogo ilegal, e a Suprema Corte da Califórnia sustentou a condenação, uma vez que a escuta foi feita em local público, e não houve intrusão na própria cabine telefônica. A Suprema Corte Federal, entretanto, derrubou a condenação, sob o fundamento de que a 14ª Emenda protege pessoas, não lugares, e que o Estado só pode interceptar conversas privadas através de mandado judicial, sob pena de violação ao *substantive due process*.

fundamental right to place interstate bets from a telephone booth. Rather, this case is about “the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men”, namely, “the right to be let alone”.

Tribe e Dorf endossam: “*To describe a claimed right in very specific terms [...] is to disconnect it from previously established rights*”.²¹⁶ A USSC promoveu uma fragmentação do direito no caso *Bowers*, que só viria a corrigir em 2003, ao julgar o caso *Lawrence v. Texas*.²¹⁷ A *opinion* majoritária do caso *Lawrence*, redigida pelo Justice Anthony Kennedy, não poupou a decisão do caso *Bowers*, dizendo que “*Bowers was not correct when it was decided, is not correct today, and is hereby overruled*”.²¹⁸ E, como fundamento de *overruling*, mencionou expressamente a necessidade de restabelecer a coerência do entendimento da Corte com precedentes anteriores e posteriores àquele caso: “*Bowers causes uncertainty, for the precedents before and after it contradict its central holding*”.²¹⁹

Essa, pois, é a falácia da desintegração. No rochedo do outro lado está a falácia da hiperintegração, que devora quem esquece que *o todo não é uma unidade*. O *todo da prática* é formado de partes distintas, que cobram a sua diferenciação. Há hiperintegração na interpretação quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação da orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente. Um exemplo disso pode ser o já referido *Roe v. Wade*, consagrado como o *leading case* que levou à derrubada da proibição do aborto em todos os Estados Unidos. A pergunta é: os fatos do caso *Roe* suportam o peso de tamanha façanha?

²¹⁶ “Descrever um direito alegado em termos muito específicos [...] é desconectá-lo de direitos previamente estabelecidos”. Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 75. Os autores, aliás, não poderiam deixar de criticar a decisão, uma vez que o próprio Laurence H. Tribe foi o advogado de Hardwick perante a Suprema Corte.

²¹⁷ Em 1998, John Geddes Lawrence e Tyron Garner foram presos praticando sexo anal no apartamento do primeiro, em Houston, Texas. Condenado por violação ao § 21.06(a) do Código Penal estadual, Lawrence levou à Suprema Corte a discussão sobre a constitucionalidade da proibição da sodomia. A decisão, por maioria de seis juízes contra três, invocou a *equal protection* da 14ª Emenda para estabelecer a impossibilidade de se conferir o direito à privacidade do sexo heterossexual sem estendê-lo igualmente às práticas homossexuais (um fundamento de *igualdade*, sim, mas também de *coerência*), declarando a inconstitucionalidade da lei penal texana no ponto.

²¹⁸ “*Bowers* não estava correto quando foi decidido, e não está correto hoje, e está destarte revogado”.

²¹⁹ “*Bowers* causa incerteza, pois os precedentes anteriores e posteriores a ele contradizem seu *holding* central”.

Eis os ditos fatos. Jane Roe (pseudônimo de Norma L. McCorvey) pediu ao Poder Judiciário do estado do Texas e, na sequência, à USSC uma autorização para interromper a sua gravidez, alegando que havia sido estuprada por uma gangue (a lei texana não permitia o aborto, nem mesmo nessas circunstâncias). Ela viria a se retratar da afirmação de estupro, anos depois do julgamento, reconhecendo que o sexo que originou a gravidez foi consensual. Mas isso não importa, aqui, pois os julgadores acreditavam estar tratando de uma gravidez originada por uma agressão sexual. Não obstante esse fator relevante e diferenciador do caso (a gravidez originária de estupro), a Suprema Corte, interpretando a linha de precedentes sobre o direito à privacidade, acabou por estabelecer, ali, um direito genérico à terminação da gravidez. Segundo a opinião majoritária escrita por Blackmun, o direito à privacidade é suficientemente amplo para incluir a decisão de uma mulher sobre interromper ou não sua gravidez (“*broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy*”). Esse direito, senão ficou absoluto, ao menos não restou limitado às circunstâncias do caso. Tribe e Dorf criticaram a decisão por ter ido além dos fatos que estavam diante de si:²²⁰

After all, the record in that case, although one wouldn’t know it from reading the Court’s opinion, indicated that the woman involved had apparently been victim of a gang rape (a claim that she retracted in 1987), and yet the State of Texas had required her to carry her pregnancy to term. Surely the Court could have ruled that, in those circumstances, it violated her rights to be forced to remain pregnant; the Court might have left for another day the difficult problems of line-drawing among degrees and sources of involuntariness.

Os autores, com essa crítica à decisão de Roe, estão ilustrando a ideia de que os tribunais agiriam bem ao proceder com cuidado e humildade, evitando a afoiteza das soluções globais, feitas por varredura geral (“*courts would do well to proceed with caution and humility – to avoid the rush to sweeping, global, across-the-board solutions*”), sendo preferível que ajam devagar, caso a caso, por formulação e reformulação (“*proceeding by a common-law method of case-by-case formulation*”).

²²⁰ “Afinal, o registro daquele caso, apesar de não se perceber a partir da leitura do acórdão, indicava que a mulher envolvida foi aparentemente vítima de um estupro de gangue (uma alegação da qual ela se retratou em 1987), e ainda assim o estado do Texas a compeliu a levar a gravidez até o fim. Certamente a Corte poderia ter decidido que, naquelas circunstâncias, violava seus direitos ser forçada a se manter grávida; a Corte poderia ter deixado para outro dia os difíceis problemas de delinear graus e fontes de não-voluntariedade”. Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 63.

and reformulation”²²¹). Há uma tensão dialética fundamental entre as constatações de que (a) o caso individual não é o primeiro e último e (b) não se pode resolver todos os casos com a mesma regra, trabalhando por atacado ou por amostragem. A resolução dessa dialética se dá sempre na interpretação, na fusão de horizontes entre as exigências das especificidades dos casos e o imperativo de integridade do direito.

3.4 *Trabalhando com precedentes antagônicos*

Os exemplos acima foram escolhidos pela sua capacidade de ilustração de como uma interpretação fragmentária ou hiperintegradora pode fazer desvios ou extrapolações em uma continuidade de uma linha de precedentes. Não por acaso os modelos são retirados de casos norteamericanos. Lá, a vigência do *stare decisis* e o limitado número de casos julgados pelos tribunais centrais deixam mais visível e identificável a evolução de uma linha de precedentes. No Brasil, entretanto, a tônica do dia é uma prática judiciária errática, com julgados antitéticos proferidos por seus vários tribunais, e são corriqueiras as divergências entre julgadores de um mesmo tribunal.

Quando isso ocorre – como quando se está diante de uma chamada questão controvertida ou polêmica nos tribunais –, a primeira coisa a *não* se fazer é escolher uma das tendências judiciais como fundamento bastante de uma decisão, sem justificar a escolha (o que já foi tratado no caso 3 da Introdução a este trabalho, sobre os diferentes entendimentos do STF acerca da progressividade do ITCD). O juiz não pode simplesmente dizer que “isso é assim porque o Tribunal X diz que é”, quando o Tribunal Y diz que não é, e quando mesmo dentro do Tribunal X também haja quem diga o contrário.

Ao se fundamentar uma decisão em precedentes – buscando estabelecer um padrão de coerência e integridade na prática do direito – quando há entendimentos diversos na jurisprudência, é preciso que ambas as tendências jurisprudenciais façam parte do horizonte da decisão. A solução do caso deverá vir da resolução

²²¹ Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 63.

dialética entre eles, no caso concreto. A invocação de um ou outro julgado passado não irá resolver sozinha a contenda.²²²

O primeiro dever ao se buscar uma resolução é o de procurá-la na própria especificidade dos fatos do caso. Um exemplo real ilustra bem isso. Em um processo que tramitou em uma Comarca do interior do Rio Grande do Sul²²³, controverteu-se sobre uma suposta “questão puramente de direito”: a possibilidade ou não de os sucessores de um mandatário serem chamados a prestar contas sobre a gestão do falecido, perante a sucessora da mandante. A autora da ação de prestação de contas sustentava a viabilidade do pedido, invocando como precedente um julgado do Tribunal de Justiça gaúcho, a Apelação Cível 70000111674, cuja ementa dizia o seguinte:²²⁴

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. FALECIMENTO DO OBRIGADO A PRESTÁ-LAS. OBRIGAÇÃO TRANSMISSÍVEL AOS HERDEIROS E SUCESSORES. A obrigação de prestar contas transmite-se aos herdeiros e sucessores de quem detêm tal dever, eis que não se está a tratar de obrigação de carácter personalíssimo. Ação julgada procedente em instância inicial. Confirmação da sentença, com desprovemento do apelo das demandadas.

Os réus, por sua vez, contestavam a existência do dever de prestar contas, e arrimavam seu entendimento em outro precedente do mesmo TJRS, a Apelação Cível 70006975197, ementada assim:²²⁵

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA OS SUCESSORES DA INVENTARIANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Com a morte da inventariante resta extinta a obrigação de prestação de contas, que, no caso da inventariança, é personalíssima, não se transmitindo à sucessão. Não há que confundir a pretensão de direito processual com a de direito material. Se os requerentes entendem possuir crédito oriundo da má gestão da

²²² O escritor anglo-irlandês Jonathan Swift, na citação retirada das *Drapier's Letters* (1724) e que serve de epígrafe a esta dissertação, já alertava para o perigo que se corre quando os precedentes exercem controle sobre a justiça, e apontava a necessidade de se examinar quais os precedentes existentes em cada um dos lados da questão (“*I would advise gentlemen very seriously to [...] examine what precedents there are on each side of the question*”). O fundamento dessa conclamação era a certeza que o autor tinha de que os precedentes não “desculpam” o juiz (“*precedents in some cases will not excuse a judge*”). Assim, em sua peculiar sensibilidade literária, Swift figura como um preconizador *avant la lettre* da responsabilidade judicial, em especial na interpretação de precedentes (v. *The Works of Jonathan Swift*. New York: Derby & Jackson, 1859, vol. II, p. 493-4).

²²³ Processo 100/1.05.0004172-9, da 2ª Vara Cível de São Borja (RS), sentença proferida em 31 de julho de 2007.

²²⁴ Apelação Cível 70000111674, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Osvaldo Stefanello, julgada em 11/10/2000.

²²⁵ Apelação Cível 70006975197, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgada em 22/10/2003.

inventariante agora falecida, poderão ingressar com ação de cobrança contra os sucessores desta, mas não podem requerer a prestação de contas na ação cominatória específica. Proveram. Unânime.

Não se pode dizer que qualquer desses julgados seja “isolado”, no sentido de representar uma tese jurídica rara ou excepcional. Ao contrário, cada um simboliza o que se pode chamar de uma “corrente jurisprudencial”; há uma reiteração de julgados em um e outro sentido, tanto no Tribunal gaúcho quanto em outros. Isso configura uma típica “questão controvertida”, que é aquela espécie de assunto sobre o qual juristas costumam debater em tese, sem fatos, como se fosse um mero exercício intelectual. No âmbito do processo, todavia, essa “questão de direito” não pode ser dirimida apenas através do contraste entre uma e outra ementa. Se o julgador ficasse limitado a decidir apenas se a obrigação de prestar contas é *personalíssima* ou se *não é*, talvez ficasse encurralado entre as posições jurídicas abstratas e antagônicas. Mas o caso é, como sempre, também fato. Aos fatos do caso, pois.

Ainda na longínqua década de 1940, Fábio casou-se com Joana. Ele não tinha patrimônio algum; ela era uma rica herdeira de grandes extensões de terra. A partir da união, Fábio passou a administrar os bens da esposa, mas pesavam sobre o patrimônio da herdeira cláusulas de inalienabilidade e de incomunicabilidade. Do casamento nasceu uma filha, Maria, e Fábio teve uma relação extraconjugal, que originou outros filhos. O casamento acabou em separação e divórcio, mas, mesmo assim, Fábio seguiu administrando o patrimônio de Joana. Fábio casou-se novamente e, quando faleceu, já em meados da década de 1980, deixou vultosa herança para a sua então esposa e seus filhos.

Já após o falecimento de Joana, os filhos exclusivamente de Fábio ajuizaram uma ação de cobrança contra sua meia-irmã Maria, filha do primeiro casamento do pai. A pretensão embasava-se no fato de que Fábio administrara os bens de Joana durante toda a vida, sem receber qualquer remuneração por isso. O pedido foi julgado procedente, e Maria, como sucessora exclusiva de Joana, foi condenada a pagar aos sucessores somente de Fábio o valor equivalente à remuneração pela gestão do patrimônio entre os anos de 1947 e 1985. Foi aí que Maria ingressou com a tal ação de prestação de contas. Queria saber como seu pai amealhou sua riqueza, uma vez que o patrimônio de sua mãe não se comunicou ao dele legalmente. E pretendia, ao fim, descobrir o quanto Fábio já remunerara os seus

próprios serviços em vida (e já transmitira aos filhos), para, no mínimo, compensar esse valor com o seu próprio débito.

Era absolutamente plausível a alegação de que Fábio já tinha adquirido, ao menos parcialmente, sua remuneração através dos negócios que ele próprio realizou em nome da (ex-)consorte. Seus sucessores, porém, tentaram escudar-se atrás da doutrina da “obrigação personalíssima” para, de um lado, exigir a remuneração devida a seu pai e, de outro, impedir que se auditasse o quanto ele já recebera em vida em razão da mesma administração. Assim, o eventual reconhecimento de que a obrigação de prestar contas era intransmissível, no caso, legitimaria um possível enriquecimento ilícito por parte da sucessão de Fábio, pois seria excluído da conta tudo o que ele amealhou em vida, prosseguindo-se na cobrança da remuneração pelo mandato como se ele nada tivesse levado para si da administração dos bens.

No acórdão do precedente invocado pelos réus, o relator deixou expresso que o fundamento do impedimento à pretensão de prestação de contas contra os herdeiros era o fato de que os sucessores não tinham conhecimento suficiente dos atos de gestão realizados pela pessoa morta (*in verbis*: “tal impedimento tem seu fundamento, na prática, no desconhecimento dos sucessores da gestão da falecida”). Os herdeiros de Fábio, contudo, pareceram ter boa ciência dos termos da administração quando impulsionaram a cobrança da remuneração anteriormente. A gestão era a mesma, e a sua contabilização, também. O direito não poderia, de forma coerente, reconhecer a possibilidade de contabilização dos ativos dos sucessores, sem atribuir-lhes também o passivo da mesma relação jurídica.

Portanto, ainda que a abordagem da questão tivesse se iniciado com duas posições jurídicas aparentemente viáveis – pois amparadas ambas na autoridade das *rationales* de decisões do Tribunal de Justiça local –, a resposta correta para o caso deveria vir da localização da especificidade do caso nas exigências de coerência e integridade da aplicação do direito. E esses princípios levaram o julgador a reconhecer a legitimidade passiva e a procedência do pedido cominatório: aquela obrigação de prestar contas era, sim, transmissível aos herdeiros e sucessores. A invocação do precedente pela autora não foi à toa; sua *ratio decidendi* acabou, no fim, servindo de indício formal para a resolução do caso, suplantando a *r.d.* do precedente contrário por uma questão de princípio.

O que importa fixar, todavia, é que a existência de precedentes antagônicos *não cria um espaço de discricionariedade, dentro do qual o intérprete possa fazer escolhas arbitrárias*. Não é uma *moldura* de indeterminação cujo interior deve ser preenchido pelo intérprete, e dentro da qual qualquer decisão seja possível, como queria Kelsen.²²⁶ Tampouco é uma *textura aberta* a ser trabalhada pelos atos de vontade e juízos de valor, como defendia Hart.²²⁷ O que o caso mostra, ao contrário do que preconiza o positivismo, é que existe uma resposta correta para ele. A tarefa de encontrar essas respostas, através das perguntas feitas aos casos e ao direito, é o tema do último capítulo deste estudo.

²²⁶ Segundo Kelsen, a indeterminação dos atos de aplicação do direito obriga a que reste sempre “uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Kelsen, Hans. *A teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388). E prossegue dizendo que o Direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (p. 390). Carlos María Cárcova, comentando a teoria kelseniana, observou que, para o positivista austríaco, o direito é um marco aberto de possibilidades: o juiz primeiro conhece a multiplicidade de opções que lhe são conferidas para, então, dar conteúdo a sua sentença, que cria uma solução *ad hoc* na medida de sua escolha entre as possibilidades disponíveis (Cárcova, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 35. Curitiba, 2001, p. 10).

²²⁷ Para Hart, a textura aberta dos conceitos jurídicos é uma necessidade das incapacidades do homem: o relativo desconhecimento do futuro e a relativa indeterminação dos propósitos humanos. Hart diz que a tarefa do juiz, nessa contingência, é constitutiva: ao menos nos assim-chamados *casos difíceis*, existe sempre uma margem de discricionariedade na eleição de uma dada solução ao invés de outra, e é despropositado pôr em dúvida a natureza criativa dessa tarefa. O direito, assim, apresenta-se como ambíguo e vago, e a única maneira de se tomar decisões é acolher os ditames da vontade, dos juízos de valor e das preferências do julgador (v., Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, cap. VII, sob o título “Formalism and Rule-Scepticism”, principalmente o subtítulo 1, chamado “The Open Texture of Law”, p. 124-136).

4 Interpretação/aplicação hermeneuticamente adequada de precedentes a partir da primazia da pergunta

4.1 Perguntas e respostas corretas

O debate sobre a existência ou não de *respostas corretas* em direito é acirrado. Como já foi visto no final do capítulo anterior, a posição do positivismo nessa questão é negativa; os positivistas tendem a ver uma discricionariedade e um ato de vontade no agir do intérprete, deixando-o legitimado a decidir como queira desde que o faça dentro de alguns parâmetros gerais. Algumas teorias pós-positivistas, por seu turno, rejeitam a discricionariedade e sustentam que há, sim, como falar em respostas corretas e erradas às questões jurídicas. É famosa a tese da *one right answer* de Dworkin, e mesmo os habermasianos aderem, em algum grau, à proposição da correção.²²⁸

No paradigma hermenêutico, já está bem estabelecida a possibilidade/necessidade de se buscar respostas corretas em direito. Streck afirma que, a partir da hermenêutica filosófica, “é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de ‘a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’”.²²⁹ E deixa claro que vê pontos de contato entre a tese de Dworkin e a de Gadamer.²³⁰

²²⁸ Tanto o próprio Habermas (em *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 261-295) quanto Günther (em *Teoria da argumentação...*, *op. cit.*, p. 404-414) acreditam que a teoria dworkiana de integridade pode ser um modelo de direito mais apropriado do que o de Alexy. E Souza Cruz faz uma tentativa de aproximação das teses de Dworkin com as de Habermas/Günther, dizendo que “a figura do juiz Hércules não precisa ser vista como uma postura solipsista da hermenêutica dworkiana, mas como uma construção metafórica da situação ideal de fala em sua procura pela resposta correta” (*Habermas e o Direito Brasileiro*, *op. cit.*, p. 191-192). As (im)possibilidades e (in)adequações dessa aproximação não são objeto deste trabalho. Só se pretende, aqui, pontuar como é uma preocupação comum às principais teorias pós-positivistas a busca por correções e a rejeição da arbitrariedade, muito embora as teorias habermasianas as procurem em um lugar bem diferente – os procedimentos comunicativos racionais fundados em uma ética discursiva –, e apesar também de essas teorias não terem maior cuidado com o conteúdo das decisões, e sim com a correção procedimental. Para conhecer a crítica hermenêutica à tese habermasiana de resposta correta, v. Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, cap. 13.

²²⁹ Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 183. Na terceira edição do mesmo livro (*op. cit.*, p. 543-569), Streck vai além e dá exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que classifica como adequadas ou inadequadas frente à Constituição: ADPF 144, do STF (Relator Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2008), na qual a Corte julgou improcedente a pretensão da Associação dos Magistrados Brasileiros de barrar candidaturas a cargos eletivos de pessoas que respondessem a processos criminais ou por improbidade administrativa, mesmo antes

Em Dworkin, a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer, essa “blindagem” se dá através da consciência da história efetual, representada pela suspensão de todo o juízo e o questionamento dos próprios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em Dworkin, há uma única resposta correta; na hermenêutica, a partir de seus dois teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) e na leitura que faço de Gadamer, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única nem uma entre várias corretas; apenas “a” resposta, que se dá na coisa mesma.

A característica mais evidente da tese de Dworkin sobre a única resposta correta é a de quanto ela é contraintuitiva. Hoje é um truísmo dizer que as sociedades complexas são moral e axiologicamente pluralistas, o que torna em princípio suspeito sustentar que haja verdades exclusivas sobre questões deontológicas, principalmente quando se diz que elas são encontráveis através de uma leitura moral. Dworkin responde às objeções feitas à sua tese no capítulo 13 de *Taking Rights Seriously*, sob o título “*Can rights be controversial?*” (“Direitos podem ser controversos?”). O autor reconhece que, em um mundo no qual homens e mulheres divergem tanto e sobre tantas coisas, parece tolo e arrogante pensar que exista uma única resposta correta latente em cada controvérsia.²³¹ Contudo, ele lembra que os juristas continuam discutindo as questões polêmicas, e tentando convencer os juízes e a comunidade jurídica da *correção* de seus argumentos. O direito e a discussão jurídica existem justamente porque é possível fazer afirmações e negações sobre a correção ou incorreção de uma dada tomada de posição. Disso se depreende que, se de um lado a aparência é a de que respostas corretas não existem, de outro a intuição aponta que as decisões jurídicas devem ser baseadas na correção de uma solução ao invés de outra, e não na vontade insondável de quem está na posição de decidir.

de definitivamente condenados (*decisão constitucionalmente adequada*); RE 418376/MS (Relator Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 09/02/2006, DJ 23/03/2007), quando o Plenário do Supremo julgou inconstitucional a extinção da punibilidade do acusado de crime sexual na hipótese de casamento com a vítima, prevista no atualmente derogado artigo 107, VII, do Código Penal (*decisão constitucionalmente adequada*); HC 93157/SP (Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator para Acórdão Min. Menezes Direito, julgado em 23/09/2008, DJ 14/11/2008), quando a 1ª Turma do STF, por maioria (vencido o relator, Min. Lewandowski), negou o remédio a um réu revel citado por edital, contra quem fora determinada a produção antecipada de prova mencionada no artigo 366 do Código de Processo Penal sem justificação da urgência (*decisão constitucionalmente inadequada*); Questão de Ordem no REsp 1063343/RS (Relatora Min. Nancy Andrighi, julgada em 17/12/2008), no âmbito da qual a Corte Especial do STJ decidiu que as partes não podem desistir do recurso especial depois de ele ter sido afetado para julgamento por meio da Lei de Recursos Repetitivos, instruído e colocado na pauta do Tribunal (*decisão constitucionalmente inadequada*).

²³⁰ Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 51-52, nota 16.

²³¹ Dworkin, *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 279.

Entretanto, ninguém está a advogar uma noção ingênua e simplista de que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao modo de verdades metafísicas.²³² A resposta correta, ao contrário, está ligada ao esforço de *descobrir* os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de *inventá-los*.²³³ Dworkin fala das “práticas que são parte do nosso processo legal”, enquanto Gadamer diz que, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem diante de si uma “tarefa prática” (*praktische Wissenschaft*).²³⁴ “O que não quer dizer”, acrescenta Streck, “que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, uma invenção”.²³⁵

O autor norteamericano dá um exemplo de um jogo de xadrez para ilustrar essa *tarefa*. O cenário é o seguinte. Estão se enfrentando no tabuleiro o grande-mestre russo Mikhail Tal e o campeão americano Bobby Fisher. Tal constantemente sorri para Fisher, o que está enervando o adversário. Dworkin pede que se suponha a existência de uma regra segundo a qual o árbitro deve penalizar com a derrota um jogador “se ele incomodar o outro de forma ‘não-razoável’ durante o curso da partida” (“*if one player ‘unreasonably’ annoys the other in the course of the play*”²³⁶). Deve o árbitro, com fundamento nessa regra, decretar a vitória de Fisher por causa dos enervantes sorrisos do russo?

É preciso começar pela constatação de que o árbitro não poderá tomar essa decisão com base em suas convicções pessoais (“*The referee is not free to give effect to his background convictions on deciding this hard case*”²³⁷). O autor discorre sobre como o árbitro deverá reconstruir o caráter do jogo de xadrez para tomar a decisão. Essa tarefa exige que ele faça algumas perguntas fundamentais:²³⁸

²³² Em capítulo anterior do mesmo livro, Dworkin já rejeitara fortemente essa visão: “*The strongbox theory of law is, of course, nonsense. When I say that people hold views on the law when the law is doubtful, and that these views are not merely predictions of what the courts will hold, I intend no such metaphysics. I mean only to summarize as accurately as I can many of the practices that are part of our legal process.*” (“A teoria da caixa-forte é, obviamente, bobagem. Quando digo que pessoas têm visões do direito quando o direito é duvidoso, e que essas visões não são meras previsões do que os tribunais vão decidir, não pretendo tal metafísica. Eu apenas quero sumarizar tão precisamente quanto possível muitas das práticas que são parte de nosso processo legal”). *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 216.

²³³ Dworkin, *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 280.

²³⁴ *Apud* Streck, *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 193.

²³⁵ *Verdade e Consenso*, 1. ed., *op. cit.*, p. 193.

²³⁶ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 102.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ “Considerando que o xadrez é um jogo intelectual, ele é, como o pôquer, intelectual em algum sentido que inclua a habilidade da intimidação psicológica? Ou é, como a matemática, intelectual em

Given that chess is an intellectual game, is it, like poker, intellectual in some sense that includes ability at psychological intimidation? Or is it, like mathematics, intellectual in some sense that does not include that ability? [...] Given that chess is an intellectual game of some sort, what follows about reasonable behavior in a chess game? Is ability at psychological intimidation, or ability to resist such intimidation, really an intellectual quality?

O caso deve ter uma resposta. Se Tal não tem o direito de continuar no jogo, é porque a regra, propriamente entendida, justifica a intervenção do árbitro, e não por conta da preferência deste. Isso não significa, necessariamente, que as regras do xadrez sejam exaustivas e livres de ambiguidades. Porém, os jogadores têm o direito a que o árbitro lhes conceda o melhor julgamento possível acerca de quais são os seus direitos:²³⁹

Suppose we say that in such a case all the parties have a right to expect is that the referee will use his best judgment. That is, in a sense, perfectly true, because they can have no more, by the way of the referee's judgment, than his best judgment. But they are nevertheless entitled to his best judgment about which behavior is, in the circumstances of the game, unreasonable; they are entitled, that is, to his best judgment about what their rights are. The proposition that there is some "right" answer to that question does not mean that the rules of chess are exhaustive and unambiguous; rather it is a complex statement about the responsibilities of its officials and participants.

Assim, a “resposta correta”, como metáfora, diz respeito a uma tarefa prática de se fazer perguntas ao caso e ao direito e de respondê-las da melhor maneira possível: a maneira mais adequada à Constituição e à totalidade da prática jurídica (o direito como integridade). Isso justifica que o ponto de partida deste estudo tenha sido a obrigatoriedade de fundamentação dos julgados: uma decisão não está fundamentada só porque haja boas razões para sustentá-la; dizer que uma decisão está fundamentada é dizer que, consideradas todas as razões, a decisão representa a *melhor* resolução das razões apresentadas.²⁴⁰ E daí que o ponto de chegada seja

algum sentido que não inclua essa habilidade? [...] Considerando que o xadrez é um jogo intelectual de algum tipo, o que deriva disso no que respeita ao comportamento razoável em uma partida de xadrez? A habilidade de intimidação psicológica, ou a habilidade de resistir a uma tal intimidação, é realmente uma qualidade intelectual?” *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 103.

²³⁹ “Suponhamos que em tal caso todas as partes tenham direito a esperar que o árbitro use seu melhor julgamento. Isso é, em certo sentido, perfeitamente verdadeiro, porque, no que se refere ao julgamento do árbitro, elas não podem receber mais do que seu melhor julgamento. Mas elas têm o direito, de toda forma, ao seu melhor julgamento sobre qual comportamento é, nas circunstâncias do jogo, não-razoável; isto é, elas têm o direito ao seu melhor julgamento sobre quais são os seus direitos. A proposta de que haja uma resposta ‘correta’ para esta questão não significa que as regras do xadrez sejam exaustivas e não-ambíguas; antes, é uma afirmação complexa sobre as responsabilidades de seus árbitros e participantes.” *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 104.

²⁴⁰ Sartorius, Rolf. The justification of the judicial decision. *Ethics*, n. 78. Chicago, 1968, p. 178. No original: “to say of a judicial decision that it is justified is not only to say that there are some good

importância fundamental da *pergunta* na hermenêutica. *Só se pode chegar a respostas corretas (ou melhores possíveis) fazendo perguntas também corretas (e melhores possíveis).*

Gadamer fala na “primazia da pergunta sobre a resposta”.²⁴¹ Essa primazia é a base para o saber, porque todo o saber acaba passando pelas perguntas. Mas, como já visto do exemplo de Dworkin sobre o jogo de xadrez, não se pode perguntar qualquer coisa, aleatoriamente: “É essencial a toda pergunta que tenha um sentido”²⁴². Sentido quer dizer ponto de orientação: o sentido da pergunta é a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido (significado) pertinente.²⁴³ Contudo, o filósofo faz questão de lembrar que “Não há método que ensine a perguntar, a ver o que se deve questionar”.²⁴⁴ Por isso, a tarefa é nada fácil: “perguntar é mais difícil do que responder”.²⁴⁵

Onde falta o método, estabelece-se o fenômeno hermenêutico da *lógica da pergunta e resposta*, que implica o caráter originário da conversação. Isso significa dizer que *a interpretação coloca uma pergunta ao intérprete*: compreender (um texto ou um caso) é também compreender esta pergunta. No *horizonte da pergunta* se determina a orientação do sentido do que se quer compreender.²⁴⁶

Um dos principais problemas da prática e do ensino do direito no Brasil contemporâneo é a profusão de respostas e a carência de perguntas honestas. Os cursos jurídicos costumam servir as respostas acabadas, *standards* de fácil assimilação para o preenchimento de provas de múltipla escolha. Os livros, em boa parte meras compilações de decisões de tribunais, estão repletos de verbetes como categorias autônomas e contraditórias, prontos para serem usados como a resposta mais conveniente para um dado caso concreto que se precise resolver. Não há qualquer preocupação com o *perguntar*.

reasons for it; it is to say that on the balance, all reasons considered, the decision represents the best resolution of the available reasons”.

²⁴¹ Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 473. Alhures (*Verdade e Método II*, op. cit., p. 133), Gadamer lista a prioridade da pergunta (*Vorrang der Frage*) como o segundo entre os três condicionamentos da compreensão, entre a compreensão prévia (1º) e a história da motivação de cada enunciado (3º).

²⁴² Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 473.

²⁴³ *Idem*, *ibidem*.

²⁴⁴ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 477.

²⁴⁵ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 473. Também o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss destacava a maior exigência que há em perguntar do que em responder, quando dizia que “O sábio não é o homem que fornece as respostas verdadeiras; é aquele que coloca as verdadeiras perguntas” (“*Le savant n'est pas l'homme qui fournit de vraies réponses; c'est celui qui pose les vraies questions*”). *Mythologiques I: Le cru et le cuit*. Paris: Librairie Plon, 1964, p. 15).

²⁴⁶ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 482.

No entanto, as perguntas determinam (ou devem determinar) as respostas. Para se compreender a *lógica da pergunta e resposta* é preciso primeiro estabelecer o que é perguntar. Já se viu no item 1.2 como se pode pesquisar dentro de todo o conjunto de julgados à procura apenas de respostas convenientes. É o *confirmation bias* mencionado por Taruffo: a pessoa interessada (pode ser o advogado da parte ou mesmo o próprio juiz) tem uma opinião preconcebida a respeito do caso e vai aos livros ou aos repositórios eletrônicos buscar excertos jurisprudenciais que confirmem a sua tese. As decisões passadas que são oportunas aos seus propósitos adrede estipulados são adotadas como fundamento de sua pretensão ou decisão; já aquilo que nega esses mesmos desígnios é simplesmente descartado.²⁴⁷

O jurista não pergunta quando faz esse tipo de pesquisa com resultados antecipados. Ele não está preocupado em compreender o que está diante dele, e não deixa a situação interpelá-lo. Na metáfora criada por Alexandre Morais da Rosa, com alguma inspiração em Lévi-Strauss, o jurista que assim age faz como o engenheiro, que tem um projeto a ser cumprido e sujeita a matéria-prima disponível ao seu esquema mental pré-arranjado. A tarefa do intérprete, porém, deve assemelhar-se mais à do *bricoleur*, para quem a composição do conjunto não está em relação com um projeto particular, mas é o resultado contingente de todos os elementos que se apresentarem na oportunidade.²⁴⁸ A experiência hermenêutica

²⁴⁷ O *confirmation bias* é um fenômeno conhecido da psicologia. Nos anos 1950, o pesquisador Peter Cathcart Wason criou o *teste 2-4-6*, que consistia em mostrar aos pesquisados essa sequência de números, dizendo-lhes que havia uma regra subjacente para a sequência, e que deveria ser descoberta por eles. Cada pesquisado deveria criar as suas próprias sequências de três números, e os pesquisadores lhe diriam, a cada vez, se a sequência criada por ele estava ou não de acordo com a regra. A regra era simplesmente “qualquer sequência crescente de três algarismos”. Contudo, os participantes tiveram grande dificuldade para descobri-la, e supunham outras regras muito mais complexas, porque raramente ousavam testar as hipóteses que pensavam que não seriam confirmadas pela regra (no caso, bastava submeter ao teste uma sequência decrescente). Wason concluiu que os indivíduos tendem a procurar por evidências que confirmem as suas hipóteses prévias e fugir das que as neguem (Wason, Peter Cathcart. On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, vol. 12, n. 3. London, 1960, p. 129-140). Hoje em dia, o *confirmation bias* é uma das razões pelas quais as experiências com novos medicamentos em seres humanos são feitas no sistema duplo cego (*double blind*). Uma metade dos pacientes utiliza a substância testada e a outra toma apenas placebo, mas nem os examinados nem os examinadores sabem quem toma o quê; a informação é restrita a um cadastro secreto, organizado apenas por números. A ignorância dos pacientes visa a compensar o efeito placebo (impressão de se sentir melhor após ser medicado ou acreditar ter sido), e a dos pesquisadores tenta justamente reduzir as consequências do *confirmation bias*.

²⁴⁸ Morais da Rosa, Alexandre. *Decisão Penal: Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 364.

“não é escolher ou rejeitar de antemão”, diz Gadamer.²⁴⁹ A verdadeira pergunta sempre tem uma abertura:²⁵⁰

Perguntar significa colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. O sentido de qualquer pergunta só se realiza na passagem por essa suspensão, onde se converte numa pergunta aberta. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando essa falta, ela é, no fundo, uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico da pergunta.

Assim é que Dworkin afirma que, mesmo que um juiz não aprove uma dada linha de precedentes, seu julgamento não pode simplesmente deixar de ser afetado por eles.²⁵¹ Retorna-se, pois, ao *Recht auf Berücksichtigung* assegurado pelo Tribunal Constitucional alemão, já mencionado no primeiro capítulo: é direito das partes que seus argumentos sejam considerados pelo juiz com isenção de ânimo. Torna-se absolutamente necessário que o julgador, ao buscar nos precedentes indícios formais para a decisão que deve tomar, faça-o com abertura sincera. Que procure realmente determinar, a partir deles, qual é o *todo da prática jurídica até então*, e decidir o caso com vistas na integridade e na coerência da aplicação do direito.

As compilações de julgados e a facilitação do acesso a eles podem ser um avanço positivo para o direito (a respeito disso, basta pensar no acesso à jurisprudência dos tribunais estrangeiros, que antigamente era remoto, e hoje vem influenciando de forma considerável a prática jurídica brasileira). As condições para que isso se dê estão lançadas: (a) que a pesquisa por precedentes não seja viciada *ab ovo* pelo *confirmation bias* – o julgador deverá estar sinceramente interessado em encontrar a resposta correta e, caso se depare com precedentes antagônicos, deverá lidar com eles na sua decisão, fundamentando a preferência de uns e a preterição de outros que pareçam igualmente aplicáveis *prima facie*; (b) que essa pesquisa não seja fragmentária (e ela costuma ser, porque a análise de uma pequena porção de casos isolados tende a ignorar o todo da figura); (c) que os julgadores não se esqueçam de questionar as especificidades do caso presente e as

²⁴⁹ *Verdade e Método I, op. cit., p. 597.*

²⁵⁰ *Verdade e Método I, op. cit., p. 474.*

²⁵¹ *Taking Rights..., op. cit., p. 89.*

do caso previamente julgado ao invocarem um precedente como fundamento da decisão; (d) que a invocação de precedentes não seja substituta de um estudo sincero e aprofundado da doutrina e da evolução das práticas judiciais, pois esse estudo é que pode conferir ao jurista a noção completa e integradora do direito.

E assim se chega, finalmente, à forma hermeneuticamente adequada de se compreender/aplicar precedentes judiciais. *A lógica da pergunta e resposta* exige a formulação de perguntas ao caso diante do intérprete e também aos precedentes, como condição para o alcance da resposta adequada.

4.2 Perguntando aos precedentes: o que realmente ficou decidido no caso pretérito?

Já se disse que a hermenêutica exige a compreensão de um texto a partir da situação concreta na qual foi produzido. No caso de um precedente judicial, essa situação concreta diz respeito ao caso para o qual a decisão foi prolatada. A descoberta dessa situação concreta tem a forma da pergunta. R.G. Collingwood afirma que “só se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ele é a resposta”.²⁵² Gadamer não apenas tem por acertada essa observação do filósofo britânico como declara que este é um axioma de toda a hermenêutica.²⁵³

Quando o juiz analisa um precedente, questionando sobre a sua aplicabilidade ao caso presente que deve julgar, o que tem diante de si é um *texto*. Os fatos já aconteceram; a decisão já foi prolatada; na maioria das vezes, já foi cumprida ou executada, e os autos do processo original já foram para o arquivo. O que restou é texto. Pode ser a ementa, a sentença, o acórdão ou as notas taquigráficas do registro oral. Sempre texto.

Como já visto, o texto em questão não é a resposta automática do caso presente, pois uma resposta a uma pergunta jamais é a resposta de outra pergunta. Portanto, para verificar se o precedente é ou não aplicável, o juiz deve encontrar qual a pergunta para a qual aquele texto foi resposta. Uma decisão judicial é um texto com destinatários específicos (as partes e os diretamente interessados nos

²⁵² Apud Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 483.

²⁵³ *Verdade e Método I*, op. cit., p. 483.

fatos da contenda) que, quando é invocada como precedente, ganha um número indefinido de destinatários. O intérprete não deve tentar simplesmente, por simulação mental, se deslocar para o lugar do destinatário original. Gadamer adverte que isso é muito diferente da aplicação.²⁵⁴ O entendimento de um comando deve ser sempre aplicação desse comando à situação a que ele se refere. E esse entendimento não se dá na mera literalidade da ordem nem na intenção subjetiva de quem a dá, mas “unicamente na compreensão da situação e na responsabilização de quem obedece”.²⁵⁵ Segundo o filósofo alemão, a conduta de executar ordens de maneira a cumprir a sua literalidade e não o seu sentido é algo que tem caráter de “travessura”.²⁵⁶

Por isso é tão importante a pesquisa a respeito das situações para as quais as decisões dos tribunais foram prolatadas. É preciso questionar por seus sentidos. Isso não significa, nem de longe, uma liberdade interpretativa perante o texto da decisão, até porque a decisão não existe fora de seu texto. Há sempre a relação de tensão entre essas duas instâncias, que se resolve na lógica dialética da pergunta e resposta.

Para ilustrar, calha retomar o exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82424/RS, já referida no item 1.4, e seu possível uso como precedente judicial em casos de acusações de racismo antissemita. Suponha-se que um juiz deva decidir sobre um caso no qual o réu é o proprietário de uma editora que publica livros diversos, de caráter histórico ou excêntrico, e, nessa condição, tenha editado e comercializado as obras *Brasil, Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso, e *O Judeu Internacional (The International Jew)*, de Henry Ford. Por serem livros notoriamente antissemitas, o editor foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 20, §2º, da Lei nº. 7.716/89.²⁵⁷ A defesa argúi que uma condenação, ali, feriria a livre manifestação do pensamento, garantida no artigo 5º, IV, da Constituição Federal.

O julgador é do tipo preocupado com a integridade na aplicação do direito e cioso da necessidade de se assegurar efetividade aos princípios constitucionais. Ele

²⁵⁴ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 437.

²⁵⁵ *Verdade e Método I, op. cit.*, p. 438.

²⁵⁶ *Ibidem.*

²⁵⁷ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa” (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

também é conhecedor do *leading case* do Supremo, que foi um marco na garantia judicial do princípio da dignidade da pessoa. Por ter plena ciência da importância do combate ao racismo na tradição jurídica brasileira, ele quer dar uma continuidade coerente a essa conquista democrática, na esteira do que foi assentado pela Corte Suprema; não pretende guinar o direito em uma nova direção à sua escolha.

A primeira coisa que o juiz imaginário percebe é que a conduta do acusado se amolda com perfeição ao que ficou dito na ementa daquele julgamento: “Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica [...] constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade”. Mas o juiz sabe que as ementas são traidoras, e que naquele breve resumo da decisão as especificidades do caso costumam ficar de fora. Assim, ele busca saber detalhes sobre o julgamento. Descobre, em primeiro lugar, que os livros *Brasil, Colônia de Banqueiros* e *O Judeu Internacional* eram justamente dois daqueles que o paciente do HC 82424/RS, Siegfried Ellwanger, havia editado e comercializado. Parecem, assim, aumentar os padrões de identificação entre os dois casos, a indicar que devam ter respostas semelhantes.

Ao mesmo tempo, porém, o juiz percebe uma distinção entre os casos, que pode ser importante. Ellwanger havia editado e publicado livros antissemitas de sua própria autoria (como *Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*), além de obras inéditas de outros autores; o réu hipotético, ao contrário, apenas reeditou obras bem conhecidas de autores consagrados no Brasil e no mundo (por outros motivos que não o seu abominável antissemitismo: Henry Ford é o mesmo que fundou a Ford Motor Company e é festejado pela criação da linha de montagem industrial, e o integralista Gustavo Barroso chegou a ser presidente da Academia Brasileira de Letras). Além disso, a editora de Ellwanger era dedicada exclusivamente à publicação e divulgação de textos filonazistas; a casa editorial do réu hipotético, por sua vez, publicava uma linha diversificada de obras, sendo aquelas duas apenas um par de espécimes isolados dentre várias curiosidades históricas.

O julgador não se contenta com a mera distinção entre os casos. Ele vai à íntegra do texto da decisão do Supremo, para verificar como o Tribunal respondeu àquela pergunta, e em que medida a sua resposta pode ser aproveitável à tarefa que tem diante de si. Ele tinha uma pergunta própria a fazer àquela decisão: até

que ponto são ou não determinantes para a caracterização do racismo os fatos de que Ellwanger editava livros próprios além das obras conhecidas e de que sua editora se dedicava exclusivamente a publicar livros daquela natureza?

Na leitura atenta das notas do julgamento, o juiz percebe que, a certa altura, o Min. Sepúlveda Pertence interpela o Min. Nelson Jobim com essa questão: “Não lhe causa nenhuma preocupação o problema de definir como crime de incitamento ao racismo a reedição de livros de há muito conhecidos?”. O Min. Jobim lhe responde: “Eu não estou me referindo a este. Aqui há a edição de livros próprios”. O Min. Pertence insiste: “Há até a reedição de obras de Gustavo Barroso, encontráveis em qualquer sebo”. E o Min. Jobim completa: “Se fosse isso, examinaria por outro lado”.

É importante notar que tanto o Min. Jobim quanto o Min. Pertence *negaram o Habeas Corpus*. Ou seja, estavam entre os que formaram a maioria que considerou que os atos de Ellwanger *não estavam abrigados pela liberdade de expressão*. Além da objeção lançada no debate transcrito acima, o Min. Pertence fez questão de deixar registrado, em seu voto, que fazia “inteira abstração à incriminação da reedição de livros absolutamente conhecidos”, como era o caso dos livros de Barroso e de Ford. Outro integrante da Corte que votou com a maioria, o Min. Cezar Peluso, também se mostrou sensível ao argumento:

O que basta e me convence, no caso, é o fato de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Ou seja, se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excentricidades, eu decerto consideraria com outros olhos este *habeas corpus*.

São, portanto, três votos que fazem expressa restrição à possibilidade de o editor eventual de livros alheios e conhecidos ser condenado como Ellwanger o foi. No mínimo, os ministros citados reconheceram que, se a questão fosse colocada como o caso hipotético aqui proposto, seria exigível uma análise diferente. E esses três votos seriam suficientes para descaracterizar a maioria formada no julgamento, que foi de oito votos contra três. Vale ainda mencionar que os demais ministros não chegaram a se ocupar da hipótese. O interessante para efeitos deste estudo é o seguinte: nada disso fica registrado na ementa, que continua dizendo que “editar” e

“comercializar” livros com ideias preconceituosas e discriminatórias contra judeus “constitui crime de racismo”.

Quando todo o quadro é levado em consideração, o juiz chega à conclusão que os casos não são iguais, muito embora o réu hipotético tenha editado e comercializado os mesmos livros que Ellwanger. O comando do HC 82424/RS simplesmente não poderia ser transposto ao caso presente. Tratar aquela parcela da ementa como fundamento de que o editor do novo caso cometera crime seria, como em uma “travessura”, cumprir a literalidade do comando ao invés de seu sentido. O sentido do comando, por sua vez, é o princípio que o inspira. É o princípio que deve ser buscado. Ele é a resposta à pergunta.

O princípio da (correta) decisão do HC 82424/RS é a vedação do discurso de ódio (*hate speech*), por exigência da dignidade da pessoa. As ações de Ellwanger eram as de um filonazista. Ele não dispunha da liberdade de expressão para divulgar suas ideias porque o pretendia era disseminar a perseguição sistemática aos judeus. O Min. Gilmar Mendes, naquele julgamento, lembrou que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia. Não se podia, no caso de Ellwanger, simplesmente cindir sua conduta entre os livros que escreveu e os que apenas publicou: tudo fazia parte de um mesmo contexto de uma campanha dirigida contra todo um povo.

No caso hipotético de um editor eventual de livros conhecidos que contenham algum conteúdo antissemita, porém, não se pode dizer exatamente o mesmo. A editora Globo de Porto Alegre, por exemplo, por muitos anos publicou o livro *Minha Luta (Mein Kampf)*, de Adolf Hitler. Não se vai dizer que o editor de tal obra – que era o mesmo dos livros de Érico Veríssimo – cometesse crime de racismo. Ele sequer partilhava do discurso do ditador da Alemanha: publicava a obra por interesse comercial, para pessoas que a compravam com interesse histórico ou por curiosidade.

Assim se ilustra a lógica dialética da pergunta e da resposta. As perguntas do julgador do caso presente à decisão do caso precedente o levaram a descobrir a pergunta para a qual aquele texto era a resposta. E com isso, chegou à conclusão de que os dois casos apresentavam perguntas diversas. Essas perguntas têm um sentido, que é o sentido do princípio. O limite do princípio aplicado no caso

precedente – e não a literalidade de seu texto – é o limite de seu campo gravitacional, e esse limite é conhecido através da pergunta.

4.3 Perguntando ao caso presente: fazendo identificações e distinções

Como já se viu acima, é preciso cuidado para não hiperintegrar o direito, usando um precedente como uma norma que vá além dos seus fatos e que extrapole o limite do seu campo gravitacional. É imprescindível estar atento às distinções e identificações exigidas pelas especificidades dos casos. *Para se obter respostas corretas em direito, é necessário antes fazer as perguntas corretas em cada caso.* Tribe e Dorf, comentando o caso Bowers, disseram não ser surpreendente que a maioria e a divergência tivessem chegado a respostas diferentes: eles estavam fazendo perguntas diferentes (*“Since the majority and the dissent ask different questions, it is not surprising that they give different answers”*²⁵⁸).

Esses mesmos autores trazem da matemática uma lição sobre como *não* tratar as distinções e identificações.²⁵⁹ A teoria mencionada por eles é a de Imre Lakatos, filósofo húngaro que desafiou a noção consagrada de que a matemática seja um conjunto de verdades abstratas provadas. Para Lakatos, a matemática é um sistema pelo qual os conhecimentos estabelecidos vão se tornando mais rigorosos à medida que são submetidos a refutações, contraexemplos e críticas.²⁶⁰

A lógica perseguida por Lakatos era dialógica, e a maneira como ele ilustrou isso foi com um teorema sobre poliedros regulares.²⁶¹ Tribe e Dorf, entretanto, traduzem a passagem com um exemplo mais pedestre. A proposta é a de que a *soma dos ângulos de qualquer triângulo é 180°*. Trata-se de uma “verdade” bem estabelecida e provada. Contudo, alguém alega que descobriu um triângulo cuja soma dos ângulos é maior do que 180°: trata-se de um triângulo desenhado *sobre a superfície de uma esfera*. Esse triângulo tem um dos vértices no polo norte da

²⁵⁸ *On Reading...*, *op. cit.*, p. 74.

²⁵⁹ *On Reading...*, *op. cit.*, p. 88-96.

²⁶⁰ Lakatos, Imre. *Proofs and Refutations: The logic of mathematical discovery*. New York: Cambridge University Press, 1976.

²⁶¹ O teorema em questão é a fórmula de Euler, que sustenta que, para todos os poliedros regulares, $V - A + F = 2$, em que V é o número de vértices, A é o número de arestas e F é o número de faces.

esfera e os outros dois no equador. Cada um dos ângulos é um ângulo reto, de modo que a sua soma total ultrapassa 180° . Como se pode lidar com essa *regra* e com essa suposta *exceção*? Lakatos identifica e critica duas abordagens típicas dos matemáticos quando confrontados com um contraexemplo (*counter-example*, ou o que os clássicos chamavam de *instancia in contrarium*) de uma regra: (a) a “exclusão do monstro” (tradução livre para *monster-barring*) e (b) a “exclusão da exceção” (também tradução livre de *exception-barring*).

A abordagem da “exclusão do monstro” é a que sustenta que o triângulo traçado na superfície de uma esfera simplesmente não é um contraexemplo da regra, porque não é um triângulo. O *monster-barrer* vai sustentar que a palavra *triângulo* não inclui em seu significado o desenho de três ângulos retos na superfície de uma esfera e, portanto, não se trata de uma refutação, mas de uma monstruosidade. A regra, pois, ainda seria válida. Tribe e Dorf dizem que se trata de um argumento de força bruta, no qual se preserva a verdade do teorema desconsiderando tudo que o desafia (“*The monster-barrer preserves the truth of his theorem by brute force, defining away all the challenges*”²⁶²).

Uma visão mais sofisticada, mas ainda defeituosa, é a da “exclusão da exceção”. Essa abordagem reconhece que um triângulo desenhado na superfície de uma esfera pode ser um triângulo e, assim, admite o contraexemplo como uma possível refutação válida da regra. Contudo, o *exception-barrer* sabe que, para a grande maioria dos triângulos (que são desenhados em planos), a regra continua válida, razão pela qual ele não quer sacrificar o teorema por completo. Consequentemente, ele modifica a sua proposição original (que era de que “a soma dos ângulos de qualquer triângulo é 180° ”) para outra: “a soma dos ângulos de qualquer triângulo que não é desenhado na superfície de uma esfera é 180° ”. O problema com essa proposição modificada é que ela simplesmente altera a regra de uma maneira *ad hoc*; abala-se completamente a confiança no postulado, pois não se sabe quantas outras exceções podem ainda aparecer.²⁶³

A divagação para a matemática já está longa demais; é de bom tom voltar ao direito. No mundo jurídico, a abordagem da “exclusão do monstro” acontece quando o intérprete se recusa a reconhecer um determinado caso como uma hipótese da regra, criando uma distinção-sem-diferença (*distinction without a difference*). No que

²⁶² *On Reading...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁶³ *Idem, ibidem.*

respeita à interpretação de precedentes, significa negar a existência de um padrão de identificação entre casos sem verdadeira razão para isso.²⁶⁴

O caso *Roe v. Wade* já foi um exemplo útil antes, e pode sê-lo novamente. A decisão de *Roe* derrubou a proibição ao aborto na esteira de precedentes que julgaram inconstitucional a limitação de uso de contraceptivos, os casos *Griswold* e *Eisenstadt*. A pergunta fundamental na interpretação de *Roe* frente aos julgados pretéritos era: uma mulher grávida é um contraexemplo à tese de que a mulher tem o direito a decidir quanto a ter ou não ter filhos como resultado do engajamento em um ato sexual? O *monster-barrer* diria simplesmente que uma coisa nada tem a ver com a outra. Uma vez que *Griswold* e *Eisenstadt* diziam respeito à prevenção da concepção, a liberdade neles identificada não se estende ao aborto (que é o “monstro”). Assim, sem maiores questionamentos, ele confere ao precedente o nível de generalidade que ele entende adequado, e limita o alcance da regra de forma arbitrária e desmotivada.²⁶⁵

Já a “exclusão da exceção”, no direito, aparece quando o intérprete ajusta uma proposição jurídica sem o exame dos pressupostos principiológicos que a inspiraram. Um exemplo é o caso *Oregon v. Smith*²⁶⁶, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1990. O estado do Oregon negou o seguro-desemprego a dois nativos americanos porque eles foram demitidos por usar peiote, uma droga alucinógena proibida. Um deles, Alfred Smith, arguiu que a negativa do benefício violava a liberdade religiosa garantida na 1ª Emenda à Constituição, uma vez que, segundo ele, o uso da substância tinha propósitos ritualísticos e espirituais. A USSC não lhe deu razão, e o Justice Scalia, liderando a *opinion* majoritária, afirmou que a Corte nunca havia decidido que as crenças religiosas de um indivíduo o eximissem da obediência à lei (“[*The Supreme Court had*] *never held that individual’s religions beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that State is free to regulate*”).

²⁶⁴ Distinções desarrazoadas podem até representar um recurso de pura desonestidade intelectual. Em seu estudo inacabado sobre a dialética erística, no qual lista 38 artimanhas usadas para vencer um debate *per fas et per nefas*, Arthur Schopenhauer incluiu o uso da “distinção de emergência” (estratagema 17): “Se percebemos que o adversário nos acossa com uma prova contrária à nossa, com freqüência poderemos nos salvar mediante alguma distinção sutil, na qual não havíamos pensado anteriormente, caso a questão admita algum tipo de dupla interpretação ou dois casos diferentes” (Schopenhauer, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Trad. Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 149). Infelizmente, o filósofo alemão não chegou a desenvolver com maior profundidade este tópico.

²⁶⁵ Tribe & Dorf, *On Reading...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁶⁶ Também conhecido por *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

No entanto, a Corte havia, sim, estabelecido toda uma sequência de precedentes em que indivíduos foram dispensados de seguir regras geralmente aceitas como válidas quando elas contrastavam com suas convicções religiosas. Em *West Virginia Board of Education v. Barnette*²⁶⁷, o Tribunal decidiu que crianças testemunhas de Jeová não poderiam ser obrigadas por lei a saudar a bandeira dos EUA nas escolas públicas; em *Sherbert v. Verner*²⁶⁸ a Corte determinou que o estado da Carolina do Sul não estava autorizado a negar o seguro-desemprego a uma mulher adventista demitida por se recusar a trabalhar nos sábados; em *Wisconsin v. Yoder*²⁶⁹, ficou decidido que crianças *amish* não poderiam ser legalmente compelidas a seguir na escola após a oitava série, em que pese a regra de educação compulsória fosse válida em geral.

O Justice Scalia não ignorou esses precedentes. Ao invés disso, criou uma distinção que inovava na *ratio decidendi* deles. Disse Scalia que, nos casos mencionados, a liberdade religiosa estava sempre em conjunção com outras proteções constitucionais (“*in conjunction with other constitutional protections*”), como a liberdade de expressão (“*freedom of speech*”) e o direito dos pais em determinar a educação de seus filhos (“*the right of parents [...] to direct the education of their children*”). O julgador criou, assim, uma versão mais extensa da descrição da regra, que simplesmente não havia sido aventada quando da sua instituição original, e que contemplava uma exceção *ad hoc*: algo como “o indivíduo tem o direito de não seguir uma obrigação legal que se contraponha às suas convicções religiosas, com base na liberdade de crença da 1ª Emenda, *mas desde que essa liberdade venha secundada por outra garantia constitucional*”. Os casos *West Virginia Board of Education v. Barnette*, *Sherbert v. Verner* e *Wisconsin v. Yoder* nunca fizeram semelhante exigência. Trata-se de uma distinção que enfraquece os precedentes e que, em última análise, põe em risco a própria aplicabilidade da 1ª Emenda, como notou no mesmo julgamento a Justice Sandra O’Connor.

Veja-se que não se trata de discordar ou concordar com o mérito das decisões da USSC, nem no caso *Roe* nem em *Oregon v. Smith*. Não é essa a preocupação de Tribe e Dorf quando tecem comentários sobre eles, e tampouco é a deste estudo. A questão a se ver é como as decisões buscaram distinções ou

²⁶⁷ 319 U.S. 624 (1943).

²⁶⁸ 374 U.S. 398 (1963).

²⁶⁹ 406 U.S. 205 (1972).

identificações arbitrárias, ao invés de procurá-las em argumentos de princípio. É um equívoco tratar de decisões judiciais, que devem ser principiológicas, como se as suas eventuais exceções se fossem passíveis de uma enumeração exaustiva, a partir de uma descrição mais completa da regra. Essa abordagem leva a exclusões e inclusões *ad hoc* e fragmentárias de hipóteses no campo gravitacional de precedentes. Mas é exatamente isso que o positivismo tenta fazer, com suas compilações exaustivas de julgados e verbetes.

Na prática vulgar, a coisa funciona assim. Toma-se uma regra geral (como a de que matar alguém é crime) e outras que parecem excepcioná-la (como a de que matar em legítima defesa não é ilícito). Os “casos concretos” são tomados por exemplos de subsunções perfeitas do caso à regra (vale recordar: “Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas etc.”) ou à exceção (“Age em legítima defesa da honra o agente que, ao surpreender sua mulher em adultério com o amante etc.”). Essas subsunções e exceções têm por característica serem realizadas *ad hoc* e, a partir daí, passarem a integrar um catálogo de aplicações e exceções prontas (e também de balanceamentos, ponderações etc.). Sem preocupação alguma com a integridade ou com a coerência, a catalogação de conceitos (sob a forma de verbetes e ementas) invariavelmente contempla enunciados desconexos e autoexcludentes.

Quando se propõe uma visão principiológica do direito, porém, é impossível agir assim. Dworkin desenvolveu este tema, que é um dos primeiros elementos de sua teoria sobre regras e princípios. Diz ele que as regras, ao menos em tese, podem ter um enunciado tão completo que contemple todas as exceções possíveis. É o caso das regras de beisebol, por exemplo. O rebatedor que sofrer três *strikes* está fora. Há exceção para essa regra: se o *catcher* deixar cair a bola do terceiro *strike*, o rebatedor pode não estar fora se chegar seguro à primeira base. Uma precisa descrição da regra (“*an accurate statement of the rule*”) contemplará todas as possíveis exceções a ela.²⁷⁰ Os princípios, por outro lado, não operam da mesma maneira. Os contraexemplos, na dimensão dos princípios, não são tratados como exceções:²⁷¹

²⁷⁰ Dworkin, *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁷¹ “Não tratamos contraexemplos como exceções (ao menos não exceções no sentido em que um *catcher* derrubar o terceiro *strike* é uma exceção) porque não podemos esperar capturar esses contraexemplos ao simplesmente elaborar uma descrição mais extensa do princípio. Elas não são, nem mesmo em teoria, sujeitas à enumeração [...]” Dworkin, *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 25. Note-se

We do not treat counter-instances as exceptions (at least not exceptions in the way in which a catcher's dropping the third strike is an exception) because we could not hope to capture this counter-instances simply by a more extended statement of the principle. They are not, even in theory, subject to enumeration [...].

Aqui, portanto, o direito se diferencia da matemática.²⁷² Não se vai buscar completar ou aperfeiçoar um princípio a partir da enumeração das suas exceções; as normas jurídicas simplesmente não funcionam assim. A proibição do racismo antissemita não é exceção à liberdade de manifestação do pensamento, assim como a possibilidade de um editor de curiosidades e excentricidades publicar os livros de Ford e Barroso não é um contraexemplo da proibição do racismo como exigência do princípio da dignidade da pessoa (parafrazeando Dworkin: ao menos não no sentido em que, nas regras do futebol, o passe feito por arremesso lateral é uma exceção à regra do impedimento).

Portanto, a pergunta caso presente, no que respeita à sua solução a partir de precedentes, não é quanto à sua subsunção ao texto de determinado julgado pretérito. O precedente é texto normado, vai ter campo gravitacional se for baseado em princípios. Buscar esse princípio com a pergunta não é tratar o precedente como conceito passível de exceções. O juiz que compreender o princípio envolvido no julgamento do HC 82424/RS não vai condenar por crime de racismo o hipotético editor de excentricidades ou o jornaleiro que tiver *O Judeu Internacional* disponível em sua banca de revistas. Não obstante, ele não deixará de usar o HC 82424/RS

que as *counter-instances* de Dworkin são a mesma coisa que Tribe e Dorf chamam de *counter-examples*.

²⁷² Sim, porque na matemática há, de acordo com Lakatos, uma terceira abordagem dos contraexemplos que relaciona a exceção com a regra: é a “incorporação da proposição subsidiária” (mais uma tradução livre para *lemma-incorporation*). Aqui, a existência de um contraexemplo indica que algum dos pressupostos da conclusão original não deve ser absoluto. O *lemma-incorporator* procura na regra, então, pela proposição subsidiária (*lemma*) não-aplicável. No caso da prova de que a soma dos ângulos do triângulo é de 180°, o problema está em que essa regra só vale para “superfícies euclidianas”, o que não inclui a superfície de uma esfera. Assim, a proposição original, por *lemma-incorporation*, ficaria assim: “para todos os triângulos para os quais se aplica o 5º postulado de Euclides, a soma dos ângulos é igual a 180°”. A vantagem dessa abordagem em relação à “exclusão da exceção” é a de que ela preserva a regra original, que continua valendo, embora com uma abrangência limitada. O contraexemplo, ao invés de derrubar a regra ou de abalar a confiança nela (reconhecendo a existência de exceções *ad hoc*), apenas especifica e delimita a extensão da validade da norma, a partir de algo que já fazia parte dela. Essa é a abordagem que Lakatos defende para a matemática. Em direito, contudo, o mesmo é impossível: não há como fazer uma enumeração exaustiva de contraexemplos para delimitar a extensão de um princípio. Contudo, as distinções e identificações jurídicas devem, como na *lemma-incorporation*, procurar relacionar o caso supostamente excepcional e o que foi estatuído no precedente. A distinção não vai necessariamente buscar pelo que não se encaixa (como a geometria euclidiana no exemplo do triângulo), mas qual a possível identificação ou diferenciação de argumento de princípio que há entre os casos. Para isso, a pergunta deve ser principiológica, e também assim a resposta.

como indício formal de uma aplicação principiológica do direito para condenar pelo mesmo tipo penal o autor de um artigo de jornal que negue o holocausto e responsabilize os judeus por todos os males do mundo. E veja-se que a ementa do julgamento falava em “escrever, editar, divulgar e comercializar livros”, mas não em publicar artigos de jornal.

Mas o juiz não vai dizer que uma coisa excetue a outra, até porque isso criaria uma espiral infinita de exceções: o HC 82424/RS como exceção da liberdade de expressão; o caso do editor de Barroso e Ford como exceção do HC 82424/RS; o caso do autor do artigo de jornal como exceção do caso do editor e assim por diante. Na verdade, tudo se resolve em aplicação dos princípios. A pergunta pelo princípio tem um sentido. Não é vaga como “existe liberdade de expressão no Brasil?” ou “os discursos racistas são exceção legítima à liberdade de manifestação do pensamento?”. Vagueza na pergunta, aliás, pode ser um estratagema erístico para adular ou manipular uma controvérsia²⁷³, e assim chegar a uma resposta conveniente ao interessado.²⁷⁴

A verdadeira pergunta será sobre a questão problemática do caso presente e sobre o que ficou decidido no caso precedente. É uma procura por uma aplicação, não por um conceito, nem por uma exceção ao conceito. Veja-se que, *fato por fato*, parece que o caso do editor é mais semelhante ao caso de Ellwanger do que o caso do articulista. Mas não é a semelhança de fato, em sentido estrito, que importa; a ordem jurídica não é um conjunto de abstrações esperando por acoplamentos. Decidir com base em precedentes não é fazer um juízo prévio de semelhança entre duas situações (puramente) de fato distintas e, *a posteriori*, julgar que são suficientemente identificáveis para ter a mesma solução jurídica. *O importante é a*

²⁷³ Schopenhauer, no seu já mencionado opúsculo sobre as patifarias argumentativas (*Como vencer um debate...*, *op. cit.*, p. 132 e 150), sugeriu também o uso da *mutatio controversiae* (estratagema 18): provocar uma imprecisão do tópico em discussão, gerando o que Aristóteles chamava de *metábasis eis allo genos* (*Analytica Posteriora*, Livro I, Cap. VII, 75a, e *De Caelo*, Livro I, Cap. I, 268b), uma “transposição para outro gênero”, sem que o interlocutor se dê conta do truque.

²⁷⁴ No Tribunal do Júri brasileiro, por exemplo, é comum que as partes tentem fazer parecer aos jurados que a questão posta em causa é assim vaga, como “a vida da vítima vale alguma coisa?”, “quem mata outra pessoa merece cadeia?” ou “o indivíduo tem o direito de se defender quando está em perigo?”. São todas perguntas respondíveis com um óbvio “sim”, mas que transpõem a controvérsia posta na causa para outro gênero. Ainda dentro do mesmo tema, após a reforma do Código de Processo Penal que determinou que os juízes formulassem o quesito “O jurado absolve o acusado?” – o que exige, para a condenação, a resposta “não” – passou a se ouvir de promotores de justiça uma retórica do tipo “o ‘não’ a esse quesito é o ‘não’ à impunidade, é o ‘não’ à violência etc.”. De forma deliberada ou intuitiva (isso é irrelevante), o que fazem é provocar uma *mutatio controversiae*: o obscurecimento da pergunta do caso (que é versa sobre a absolvição ou não *daquele* réu) e a sua substituição por outra, que tenha uma resposta mais simples, óbvia e conveniente (a aceitação ou não dos flagelos da violência contemporânea, tomados como um todo).

identificação de aplicação principiológica, a partir da semelhança das perguntas e das respostas.

4.4. O que é “abrir” e “seguir” um precedente (ou uma linha de precedentes), de maneira principiológica, a partir da primazia da pergunta

Um exemplo real de como não é a semelhança entre fatos, a rigor, que determina a aplicabilidade de um precedente é a Apelação Crime 70029175668, julgada em 15/04/2009 pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nessa ocasião, o órgão fracionário manteve a condenação proferida em 1º grau contra o réu Rafael Santos de Jesus, por crime de roubo, mas determinou que “o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP”. A decisão sustentou-se nas premissas de que “não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie”, e de que a missão judicial é “fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido”. No corpo do acórdão, o órgão julgador fez expressa menção a uma interpretação de precedente, invocando, como fundamento de sua conclusão, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a prisão em regime domiciliar em local onde o estabelecimento prisional não atendia os requisitos legais (HC 95332/RJ, julgado em 31/03/2009).

Se for levada às últimas consequências a comparação entre os *fatos* apreciados em cada caso pelo Supremo e pelo Tribunal gaúcho, poderiam ser levantadas várias objeções à invocação, pelo segundo, do precedente do primeiro. Para começar, a 5ª Câmara Criminal fez certa confusão, possivelmente trocando o entendimento do Supremo pelo do Superior Tribunal de Justiça. Diz-se isso porque o relator da Apelação afirmou ter a Suprema Corte, no precedente invocado, permitido que condenados em regime aberto, em locais onde a casa do albergado não apresenta as condições suficientes, cumpram pena em regime domiciliar. Essa foi a questão enfrentada e a solução adotada, na verdade, pelo STJ, já por algumas vezes, em uma linha de precedentes que remonta ao menos até o HC 38269/MG,

julgado ainda em 2004. O HC 95332 do STF tratou mesmo foi da prerrogativa de uma advogada, Roberta Lioi Vieira, de ser presa preventivamente em “Sala do Estado-Maior”. Ficou lá decidido que “há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista na localidade sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da Lei nº. 8.906/94, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória”. Também não é uma novidade: a possibilidade de conceder a prisão domiciliar a advogados presos cautelarmente, na falta de condições dignas no sistema prisional, vem sendo reconhecida pelo STF desde pelo menos o HC 81632/SP, julgado pela 2ª Turma em 2002.

Deixando de lado a confusão feita pelo desembargador relator e comparando, mesmo assim, o caso em apreço com a linha de precedentes do Supremo que trata de prisão preventiva para advogados, o que se tem é que, na Apelação interposta perante o TJRS, o réu: (a) já estava condenado em definitivo, e (b) não era advogado. Isso quer dizer que a linha de precedentes não é invocável, em razão da disparidade dos casos em julgamento? Não necessariamente.

O que o intérprete deve fazer, conscientemente ou por obra do acaso (como parece ter sido o caso da 5ª Câmara Criminal do TJRS), é tomar por *obiter dicta* as circunstâncias de que a paciente Roberta Lioi Vieira é advogada e o apelante Rafael Santos de Jesus não o é, e também o trânsito em julgado da decisão condenatória para o segundo e não para a primeira. Onde o STF garantiu uma prerrogativa profissional em um caso de prisão preventiva, o intérprete do novo caso vê uma garantia de direito de um cidadão quando de seu encarceramento pelo Estado. Os julgadores do caso presente identificam que o STF proferiu um *suum cuique tribuere*, ao dar a cada um o que é seu: à advogada, a prisão especial do Estatuto da Advocacia. Se assim é, deve-se dar ao preso comum também o que é seu: o regime da LEP. No caso de descumprimento ou de impossibilidade de cumprimento da lei, a consequência seria a mesma: a prisão domiciliar.

Por isso é que não se pode refutar a interpretação de precedente feita pelo órgão fracionário do TJRS apontando apenas a diferença de profissão dos réus e de inexorabilidade das condenações. Isso é um erro banal. A Câmara nunca estendeu a Rafael um direito que não é seu, por ser prerrogativa de advogado. O intérprete da linha de precedentes não pode ver no *holding* da decisão do HC 95332/RJ uma resposta simplesmente a esta pergunta: “o que fazer com advogados presos preventivamente quando não houver ‘Sala do Estado-Maior’ para colocá-los?” e sim

a esta: “quando não estão sendo respeitados os direitos dos presos, deve-se ou não concedê-los a prisão domiciliar?”. Como o Supremo resolveu fazer algo para impedir o descumprimento das prerrogativas de uma pessoa (que circunstancialmente é uma advogada, e tem direitos próprios por isso), a nova pergunta que se coloca é: “há razão juridicamente relevante e principiologicamente válida para que as prerrogativas dos advogados frente à prisão sejam respeitadas e os direitos do cidadão comum não o sejam?”. Os desembargadores gaúchos, talvez sem querer, responderam que não. Em termos de interpretação de precedente, repete-se, a condição de advogada da paciente no julgado paradigmático é apenas *dictum*, e não *holding*: não há razão juridicamente relevante para distinguir advogados e não-advogados quando se trata de garantir ou não a efetividade de suas respectivas (embora diferentes) prerrogativas.

A questão principal da decisão da Apelação Crime 70029175668, portanto, não está naquilo que ela tem de “seguir um precedente”, mas no que ela apresenta de “abrir um precedente”, em um sentido muito próprio deste termo. Para explicar isso, faz-se necessária mais uma breve digressão.

Talvez a característica mais importante da abordagem dos casos judiciais a partir de perguntas seja a de que as verdadeiras perguntas só podem ser formuladas quando os casos – tanto o precedente quando o problema presente – já estão postos. Isso significa, necessariamente, que não é possível dar respostas a perguntas ainda não feitas. Padrões de identificação só existem entre dois ou mais casos que existem (ao menos em suposição, pois é possível criar casos fictícios para fins didáticos, por exemplo).

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro, como já se viu, é justamente a tentativa de extrair e conservar *essências* das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremê-lo até produzir um enunciado representativo do que foi *essencial* no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação de flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julga ser accidental, para ter em mãos apenas as suas “propriedades imutáveis”. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da

ratio decidendi de um caso, ao gosto do tecnicismo descrito no ponto 2.2, *retro*. Ao invés de se construir uma relação dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando um coro de muitas vozes dissonantes.

Isso leva, muitas vezes, alguém a dizer que certa decisão “abriu um precedente”, no sentido de que teria inovado na criação de um critério. Há mesmo quem veja um perigo nisso: não é raro ouvir que uma decisão em certo sentido poderia ser adequada a um caso presente em sua individualidade, mas não seria recomendável porque “abriria um precedente”, que poderia fugir do controle quando aplicado a toda uma coletividade de casos futuros. É como se houvesse uma confiança na solução do caso individual, mas não no princípio que a informou.

Essa escolha – entre a *correta* decisão do caso presente e o temor de que ela inspire decisões *incorretas* em casos futuros – não é mais do que um falso dilema. Há nisso, porém, dois aspectos sutis e complementares a serem considerados: (a) se algo recomenda uma decisão no caso presente e não recomendará a mesma solução em um caso futuro, é porque os casos são diferentes; (b) ao mesmo tempo, é necessário zelar pela coerência e pela integridade do direito. As decorrências disso precisam ser bem explicadas.

O primeiro aspecto significa que “abrir um precedente” não pode ser exatamente um problema. De tudo o que ficou dito no terceiro capítulo, já se viu que os juízes, quando fazem novos julgamentos e estabelecem novos entendimentos, devem fazê-lo sobre direitos historicamente preexistentes, e não guinar o direito em uma nova direção a seu gosto. Não há confronto entre história institucional e originalidade judicial (ou, antes, esse confronto está diluído). Se o novo julgamento embasa-se em um princípio que o recomenda como resposta correta à sua individualidade, não há porque ou como temer pela aplicação do mesmo princípio em casos futuros, pois ela será sempre correta se obedecer aos padrões de identificação entre as perguntas. Se for possível pensar em situações futuras em que uma solução semelhante não seria recomendável, isso implica reconhecer que a pergunta apresentada pelo caso futuro não guarda, em absoluto, identificação com a pergunta respondida pelo precedente. Visto por outro ângulo, significa que o precedente não será aplicável ao caso futuro, pois este não estará sob influência de seu campo gravitacional.

Um exemplo prosaico ajudará a ilustrar o ponto. Perante o Tribunal do Júri, o réu nega a autoria de um homicídio consumado. Não há testemunhas presenciais do delito e, embora existam elementos indiretos a apontar a autoria, são apenas provas circunstanciais. O promotor de justiça sustenta muito bem a tese acusatória, no intuito de fazer crer aos jurados que os indícios existentes nos autos são suficientes para a condenação do réu, mas a defesa ainda tem uma boa chance de convencer que a prova deixa margem a uma dúvida razoável quanto à identidade do homicida. No seu tempo de alegações, contudo, o advogado de defesa resolve “confessar” o delito em nome de seu cliente, sob o fundamento de estar convencido de que foi ele quem perpetrou o homicídio, e de que essa “confissão” daria ao acusado, ao menos, o direito à atenuante do artigo 65, III, ‘d’, do Código Penal. O réu, em desespero, pede ao juiz-presidente que desconstitua seu defensor e lhe nomeie um defensor público, porque, ao contrário do que foi combinado entre eles, o advogado particular estava *acusando-o* em plenário. A decisão do magistrado é a de acolher o pedido do réu e desconstituir o Conselho de Sentença, por ausência de defesa, pautando outro dia para o julgamento, quando o réu seria assistido pela Defensoria Pública.

Uma vez proferida essa decisão, a comunidade jurídica quer saber do juiz qual o “critério” utilizado para estabelecer que o réu não estava sendo defendido no caso. O promotor de justiça, em especial, diz temer que a decisão passe a ser usada para chicanas defensivas: advogados interessados em postergar ao máximo o julgamento de seus clientes poderiam tentar “reproduzir” em plenário a desastrada defesa apresentada por aquele seu colega, obrigando o juízo a interromper e transferir cada solenidade. Busca-se, pois, extrair a *essência* da decisão, aquilo que é “propriedade imutável” da resolução daquele juiz em desconstituir o Conselho de Sentença, como se ela fosse um monólogo universalizável. Fará o mesmo “toda vez que a tese da defesa técnica for diferente da versão do réu”? Está claro que não. Primeiro, porque o advogado, naquele caso, não optou por uma “outra tese” defensiva (o que seria evidentemente legítimo); ele abandonou completamente a invocação de qualquer tese e concordou com a acusação. Segundo, porque ao juiz não é dado julgar de ofício a qualidade da defesa e as escolhas das teses defensivas, intervindo de forma paternalista na relação privada entre advogado e cliente; ele só desconstituiu aquele defensor porque foi o próprio réu quem o pediu. Dada essa explicação, o que se passa a questionar é se o juiz parará o julgamento

“sempre que o réu interromper e disser não estar satisfeito com a defesa, ainda que se trate de uma chicana”? A resposta, novamente, é não. Uma chicana é situação bem diferente, que merece ser tratada como uma chicana. O caso precedente não era um artifício de um advogado astuto; era, ao contrário, uma trapalhada de um advogado inábil (o que se vê até pela impressão que teve, de que a sua “confissão” beneficiaria o réu com uma atenuante de pena, o que é um erro primário e grosseiro).

Assim, se era correto que o juiz interrompesse aquele júri, não deve a comunidade jurídica temer que o princípio da ampla defesa que inspirou a decisão adequada passe, logo após, a indicar decisões inadequadas e a patrocinar manobras desonestas. A maneira como essa decisão influirá em casos futuros deve aguardar o diálogo instaurado pela perguntas dos casos futuros, nos quais serão distinguidas as hipóteses de chicanas, de teses diferentes entre a defesa direta e a defesa técnica etc.. Lembrando da recomendação feita por Tribe e Dorf aos julgadores de *Roe v. Wade*, já citada no ponto 3.3: é preferível que ajam devagar, caso a caso, por formulação e reformulação, deixando as distinções e especificações para outro dia.

Isso não significa, porém, que “cada caso é um caso”, ao menos não no sentido de que a decisão não seja levada em conta no futuro. Se, por um lado, o discurso judicial não é um monólogo, tampouco ele pode se construir de discursos pontuais, isolados e desconexos; há entre os casos uma relação dialética de *parametricidade*. Por isso, *as distinções só podem ser feitas quando haja diferença*: lembrando outra vez a lição de Dworkin, em um caso subsequente em que o princípio aplicado no precedente indique a adequação de uma solução semelhante (e se a solução prévia não foi objeto de algum “arrependimento institucional”), a solução semelhante deverá ser adotada.

Assim, aporta-se no outro aspecto mencionado acima, como complementar do primeiro: coisa bem diversa de tentar extrair a *essência* monologal de um julgado para prever o seu uso futuro é a necessidade de cuidar no presente pelos postulados de coerência e integridade do direito. Implica dizer que uma decisão só pode ser tomada quando for generalizável, no sentido de que o princípio nela aplicado possa ser estendido a toda a universalidade de casos que mantenha com ela um padrão de identificação. Neste sentido, sim, ao “abrir um precedente”, o

jugador deve pensar na impossibilidade de fazer exceções *ad hoc* em hipóteses análogas sem uma diferença relevante.

Voltando à decisão da ACrim 70029175668 pelo TJRS, o que importa aqui considerar é o quanto ela é ou não extensível a todos os outros condenados (ou mesmo presos provisórios) em situação semelhante no país. É um inegável dado da realidade que os estabelecimentos prisionais brasileiros, em sua grande maioria, apresentam problemas de salubridade, seleção de presos e de capacidade. Ou seja, que eles não atendem aos requisitos da Lei de Execuções Penais. Se o réu Rafael Santos de Jesus tem o direito de cumprir a pena em regime domiciliar e de não se sujeitar às ilegais condições do sistema penitenciário brasileiro, e se esse é um direito preexistente que decorre do *todo da prática jurídica* (dada a interpretação feita pela Câmara do princípio da legalidade e da orientação do STF), parece necessário dizer que *todos os demais presos também o têm*. Se assim não for, cada preso brasileiro estará sofrendo uma distinção em relação a Rafael, sem uma diferença que a justifique.

A decisão da ACrim 70029175668 só tem valor de precedente no sentido hermenêutico se for uma aplicação de princípio, pois só assim servirá de indício formal para novas aplicações principiológicas. Mas a pergunta a que ele responde não é uma simples subsunção entre o princípio e o caso, por mais qualificado que o princípio, em si, possa ser. *O neoconstitucionalismo não apenas substituiu as antigas premissas legais das deduções positivistas por premissas constitucionais*. A interpretação de princípios é mais complexa do que isso. No caso da prisão domiciliar, a decisão só terá realmente partido de princípios jurídicos se vier a contemplar os postulados de coerência e integridade. Caso contrário, se o julgamento se produziu apenas para gerar efeitos *ad hoc*, ele terá se baseado em argumentos de política.

No caso, afigura-se difícil considerar que o direito reconhecido a Rafael possa ser mesmo estendido a toda a população de segregados. Significaria abrir as portas das prisões do país que não obedecem à risca as regras da Lei nº 7.210/84 – e são virtualmente todas –, até que se criassem as condições adequadas. Implicaria, na prática, suspender a aplicação do direito penal no país, “seja qual o crime cometido”, quer dizer, mesmo para crimes hediondos. Não parece possível que alguém responsável sustente essa sugestão a sério. Fazer esse tipo de *bypass* no sistema penal poderia simplesmente derreter as instituições nacionais e, por consequência,

toda a espécie de garantias jurídicas. Criar-se-ia um estado de exceção, no qual a legalidade constitucional seria suspensa; um vazio de direito, uma indistinção e uma plenitude originária do poder, de forma análoga à ideia de estado de natureza.²⁷⁵

Mas a ideia da decisão, aparentemente, não é essa, e sim a de causar impacto político, marcando a posição do Judiciário como arauto do caos. Juízes, cada vez mais, arvoram-se a criar factoides como este com a intenção mais ou menos explícita de pressionar o Poder Executivo a construir novas prisões, a melhorar as condições das prisões existentes etc., sob a ameaça de colocar os presos nas ruas (e agem como se soltar presos dependesse unicamente de sua própria vontade, o que é uma perfeita característica da ideia de *soberania* do estado de exceção²⁷⁶). Quando a coisa vai assim, a decisão tem uma agenda política, e é casuísta por definição. E, por ser assim constituída, não poderá ter campo gravitacional, pela simples razão de não ser indicativo formal de aplicação de argumentos principiológicos.

Portanto, ainda que seja sustentável que a comentada decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal gaúcho esteja em alinhamento com uma sequência de precedentes do STF, nem por isso ela apresenta a melhor solução constitucional.²⁷⁷

É assim que se aporta na observação final que se pretende deixar com este texto. Ainda que se siga com perfeição uma linha de precedentes – ou seja, ainda que a interpretação não seja viciada por conceitualizações, comparações apressadas ou outros problemas tratados *retro* –, o parâmetro da interpretação/aplicação do direito deve ser sempre a Constituição. O sistema jurídico brasileiro não é o da *common law*, e por isso não se pode simplesmente trocar a interpretação do “direito da legislação” pelo “direito da judicatura”. Muito embora o julgador não possa deixar de ser afetado por uma linha de precedentes (e isso significa que essa linha de precedentes relevantes deve constar do horizonte de sua decisão), o seu compromisso com a ordem constitucional não pode ser mitigado

²⁷⁵ Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17.

²⁷⁶ V. Agamben, *Estado de exceção, op. cit.*, p. 15, e também a sua fonte, a obra de Carl Schmitt, *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 87.

²⁷⁷ É preciso tomar cuidado para não se desviar demais do tema, perigo acentuado pela natureza apaixonante da controvérsia. Mas, ao mesmo tempo, não se deve deixar de mencionar que a saída jurídica para o problema das péssimas condições das prisões gaúchas foi apontada por Lenio Streck, em parecer do Ministério Público apresentado no HC 70030496830, com tramitação perante a mesma 5ª Câmara Criminal do TJRS. Lá, o autor sustentou a necessidade de intervenção federal no estado, em razão de ofensa a princípio constitucional sensível (art. 34, VII, ‘b’, da CF). No lugar do ativismo judicial que “institucionaliza” o estado de exceção, a intervenção federal é uma solução eminentemente constitucional.

pelo eventual alheamento dessa ordem por seus antecessores ou contemporâneos de superior instância. No fim, o que resta é o que Swift intuiu já no século XVIII: os precedentes não desculpam o juiz.

CONCLUSÃO

A prática jurídica brasileira é uma oficina de falsas facilidades. Talvez se possa dizer, sem exagero, que a invocação de precedentes judiciais para fundamentar posições jurídicas, da maneira como vulgarmente é feita, seja a principal delas. O computador, hoje, substituiu as bibliotecas jurídicas; a leitura da doutrina e a tarefa de pensar o direito foram trocadas pela consulta por palavras-chave em repositórios eletrônicos de jurisprudência. Qualquer questão, qualquer controvérsia parece ser automaticamente solucionável a partir da identificação de uma situação de fato parecida em algum caso previamente julgado por algum tribunal, repetindo-se mimeticamente aquilo que ficou decidido anteriormente.

A aparência é a de que um juiz pode tomar uma decisão (ou um advogado redigir uma petição, um promotor fazer alegações pelo Ministério Público etc.) sem fazer a mínima ideia daquilo sobre o que está falando. Posto o problema, ele vai ao computador ou ao Código comentado e busca uma ementa ou verbete jurisprudencial que lhe pareça adequado ao que tem diante de si. Para fazer isso, o “operador” não precisa dominar mais do que habilidades de catalogação, facilmente ensináveis a qualquer leigo em minutos. Em termos comparativos, *mutatis mutandis*, é como se um médico fizesse diagnósticos apenas digitando os sintomas ditados pelos pacientes em algum dos *sites* de busca da Internet, desonerando-se de usar suas aptidões técnicas para examinar as condições particulares dos pacientes e suas competências intelectuais para efetuar diagnósticos diferenciais a partir desse exame.

As causas para esse estado de coisas são as mais diversas: as facilidades eletrônicas da era da informática; a crescente complexidade e abrangência das matérias jurídicas levadas ao foro; a cultura de passividade dos juristas perante o que ficou dito pelos tribunais. A suposta tarefa de fazer “juízos de ponderação de princípios” atrai os olhos dos juristas para ponderações já deixadas prontas pelos juízes do passado. A alegada exigência de se construir “discursos de fundamentação prévios” a partir de “situações ideais (ou quase-ideais) de fala” também convida ao uso desses discursos como categorias metafísicas acopláveis às exigências do presente.

Há vários riscos intrínsecos a essa prática. O principal deles é a legitimação de uma metafísica jurídica, através do uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descolados *a posteriori* dos casos que lhes deram origem. Ementas e verbetes de casos passados são proposições generalizantes, que parecem gravitar sobre a realidade concreta e esperar por encaixes artificiais. Surgem, assim, aplicações de precedentes sem uma identificação suficiente entre o caso passado e o caso presente. Faltam aos juristas brasileiros noções primárias da teoria dos precedentes da *common law*, sistema baseado na *doctrine of stare decisis*. Forma-se, com isso, um sincretismo improvisado entre sistemas de direito; é improvisado porque importa a fórmula de invocação de precedentes sem qualquer preocupação com a sua aplicabilidade. E aplicabilidade, aqui, tem dois sentidos: (a) a possibilidade, em geral, de uma resposta a um caso indicar a resposta de outro caso e (b) a adequação de um dado precedente a um caso presente.

Precedentes não são um mal. Longe disso, são úteis ao direito e ao desenvolvimento do direito. Dão concreção às aplicações principiológicas, razão pela qual são tão importantes para a causa neoconstitucionalista. Aplicações de princípios constitucionais por tribunais em suas decisões servem de indícios formais para novas aplicações pelo mesmo juízo ou por outros. No que se refere à implementação das garantias democráticas pós-positivistas, principalmente, as decisões de tribunais superiores conferem legitimidade aos juízos inferiores para os avanços exigidos pela nova ordem constitucional, servindo inclusive como marcos de não-retrocesso social. Ainda, os precedentes dão ao julgador o tom do “todo da prática jurídica”, auxiliando na tarefa de manter a integridade e dar continuidade ao direito.

É preciso, contudo, saber o que se faz. Ainda que se escape da armadilha da conceitualização – o uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe –, o mero juízo de *identificação entre casos*, tida como *semelhança entre fatos*, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente. Não existe a separação cirúrgica entre a “questão de fato” e a “questão de direito” imaginada pela dogmática corriqueira. É possível que um caso X apresente uma situação “de fato” mais diferente daquela do precedente P do que o caso Y, mas que o precedente P seja aplicável ao caso X e não ao caso Y.

A pedra de toque está na *applicatio*. É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta. O texto do precedente é fundamental para sua compreensão, sim, mas o texto não é a norma. Ou, no que importa aqui, *o texto não é o comando* dado pelo julgador. O comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea. É preciso buscar pela aplicação: uma aplicação é que poderá dar indícios para outra (e é preciso ter em conta que a próxima aplicação é sempre outra aplicação; uma decisão de caso nunca é a solução automática de outro caso).

Essa aplicação deverá ser uma aplicação de princípio. Precedentes influem sobre a ordem jurídica – no sentido de que estendem sua teia de indícios formais – na medida em que formam um *campo gravitacional* em torno de si. Esse campo só pode ser principiológico, pois apenas os argumentos de princípio possuem a dimensão da coerência e da integridade que inspiram a aplicação de precedentes. As argumentações de política são casuístas. Quando se espera que o direito trate situações similares de maneira coerente (o que orienta todo o *stare decisis* e justifica a existência de um campo gravitacional em torno dos precedentes), está-se pensando na coercitividade geral e íntegra das normas, e rejeitando-se as decisões políticas *ad hoc*. É por isso que, em um mundo marcado pela ascendência das constituições democráticas e pelo neoconstitucionalismo, os precedentes ganham um maior ou menor campo gravitacional na medida em que representam uma aplicação principiológica mais ou menos notável (alguns precedentes, por seu ineditismo ou por seu grau de avanço, tornam-se *leading cases*, decisões que inspiram ou até inauguram toda uma sequência de outras).

A busca pela aplicação é inspirada pela lógica da pergunta e da resposta. Uma aplicação prévia, posta em um precedente, é uma resposta a uma pergunta. Essa resposta não pode ser a resposta a outra nova pergunta, e só pode ser compreendida a partir da pergunta para a qual ela é a resposta. A compreensão do caso presente, por sua vez, também exige a identificação das perguntas que apresenta, e a formulação aberta (mas com sentido) dessas perguntas. Já a abertura da pergunta é uma exigência de sinceridade: buscar precedentes para solucionar uma contenda presente não pode ser uma procura por elementos que convalidem uma tese adrede escolhida, como faz aquele que tem em mente um projeto pronto a ser construído. Não se pode acolher o que convém a um plano e

rejeitar o resto. Esse é um dos principais problemas que se enfrenta em uma comunidade jurídica como a brasileira, onde os tribunais produzem julgados antagônicos, disponíveis para todas as necessidades que se apresentarem. A fundamentação com base em precedentes, quando houver essa possibilidade de se lidar com decisões prévias contraditórias, deve sempre ter ambas as posições em seu horizonte.

Sim, porque a pergunta deve ter horizonte, não pode ser uma pergunta aleatória. A *applicatio* vem da fusão dos horizontes da pergunta e da resposta (a interpretação se dá na fusão do horizonte do intérprete com o do que ele interpreta). A tarefa do intérprete é produtiva: ele produz uma nova interpretação a partir de seus pré-juízos e daquilo que ele encontra na alteridade (a tradição). A hermenêutica jurídica o obriga a ter de considerar essa tradição, a trabalhar com aquilo que lhe é entregue. No caso do neoconstitucionalismo, essa obrigação se traduz em ter de se ver com a Constituição. Essa é a garantia contra a arbitrariedade e contra os decisionismos.

Assim, também não basta para a correção de uma aplicação de precedentes a sequência cega de uma linha de julgados anteriores, ainda que o caso presente possa se adequar formalmente a ela. Isso porque, no horizonte de sentido do intérprete de um sistema de lei escrita como é o brasileiro, deve estar sempre a Constituição e, abaixo dela, o texto legal vigente e válido. Mesmo que julgadores passados ou contemporâneos, de superior ou igual instância, estejam produzindo decisões que excepcionem a ordem constitucional de maneira voluntarista e ativista, o juiz não está autorizado, do ponto de vista da democracia, a segui-los. Um precedente não tem força de “promulgação”: a extensão de seu campo gravitacional corresponde necessariamente à extensão dos argumentos de princípio utilizados para justificá-lo (essa é a tese central da teoria de Dworkin acerca dos precedentes). Soluções processuais que visam menos a resolver o caso e mais a produzir a manchete e a repercussão política não são respostas principiológicas.

Uma exceção *ad hoc* não se justifica se não puder ser estendida a todos os casos similares – ou, visto por outro ângulo, se mais tarde tiver de ser objeto de distinções-sem-diferença –, e também não sustenta outras exceções *ad hoc* feitas em seu nome. A suspensão casuísta do primado da coercitividade geral e íntegra da ordem jurídica não é a saída para dar efetividade a qualquer princípio

constitucional. É, antes, o caminho para a diluição da carga deontológica dos princípios no estado de exceção regido pelos talentos individuais dos intérpretes.

O subjetivismo, aliás, é um perigo sempre presente. É irônico e paradoxal que alguns proponham a implantação, no Brasil, de uma espécie de fórmula de precedentes vinculantes, como maneira de “unificar a jurisprudência” e conter o relativismo que faz com que cada juiz diga uma coisa diferente acerca de cada tema. Em nome de “dar eficiência” ao Judiciário, vão sendo criados mecanismos para que os tribunais centrais – principalmente o Supremo Tribunal Federal – possam julgar processos “por lote”: a extensão dos efeitos das decisões exaradas em controle difuso de constitucionalidade, as cláusulas de repercussão geral e de recursos repetitivos. São maneiras de tentar vincular juízes e juízos. Contudo – e por isso o paradoxo –, são ao mesmo tempo uma crença na “promulgação judicial” e no subjetivismo do intérprete. Assim parece que o direito brasileiro abandonou de vez seu papel de coercitividade geral; desistiu de se impor a todos por decorrência da ordem constitucional, independentemente da pessoa do intérprete e de suas preferências. Para que o direito seja aplicado de modo “unívoco” e “eficiente”, a nova aposta da comunidade jurídica está na concentração de poder de julgamento no menor número possível de pessoas: só se confia que haverá “padronização de entendimentos” se todas as causas forem decididas por um só julgador ou corte. Nem que para isso seja necessário criar ficções como os julgamentos de “modelos representativos” das controvérsias, que depois valeriam como “precedentes” a serem considerados pelos julgadores de inferior instância.

O ápice desse fenômeno é a tentativa de usar a Reclamação como atalho para combater o “descumprimento” dos entendimentos do STF, proferidos enquanto funciona como tribunal de apelação em matéria constitucional. É uma fórmula que acaba por dar aos precedentes do Supremo um poder vinculativo ainda maior do que o da lei ou o da própria Constituição. Uma vez que os juristas não concordam sobre o que a Constituição diz, delega-se a um grupo limitado de ministros a tarefa de dizer o que a Constituição diz... Com a complicação de que o que é aplicável a um caso pode não o ser para o próximo. O que é isso senão um abandono da ideia de coercitividade geral das normas e uma aposta no arbítrio do intérprete?

Volta-se, pois, para onde isto iniciou. A história da fundamentação das decisões judiciais é a história da contenção do arbítrio judicial. O direito não pode ficar à mercê da vontade e da subjetividade dos juízes, nem mesmo daqueles que

compõem a Corte maior de um país. É um corolário do próprio contraditório: a obrigação dos juízes de considerar, de ânimo sereno, os alvitre encampados por ambos os lados, e produzir a melhor resposta possível, tendo sempre a Constituição como horizonte (em um direito marcado por uma Constituição democrática, a resposta correta é a resposta *constitucionalmente adequada*). Mas isso envolve um entendimento mais profundo do que seja a interpretação/aplicação dessa Constituição: não é um mero reconhecimento de que ela seja uma norma superior às outras normas, como se o neoconstitucionalismo só tivesse substituído o primado da lei pelo primado da Constituição, sem alterar a estrutura do pensamento jurídico. A questão, na verdade, é bem outra.

Sim, o problema não é só jurídico; ele tem um fundo filosófico, que se radica na ideia de *applicatio*. O que ainda não foi suficientemente entendido pela dogmática jurídica é que a aplicação não é um momento último, suplementar e ocasional do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e em seu todo. Não há dúvida de que um texto jurídico normado (uma lei ou um precedente) é necessariamente *plurívoco*. Contudo, isso não significa que esses seus múltiplos sentidos possíveis possam ser dados e apreendidos em uma situação prévia abstrata – como se fossem algo de universal –, para serem empregados posteriormente em cada situação particular. Pelo contrário, ao intérprete não é dado conhecer universais, para depois acoplá-los às necessidades individualizadas: ele não pode absorver abstratamente o sentido da tradição e o sentido do texto. Quem quiser compreender não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica em que se encontra, e deve sempre relacionar o texto com essa situação.²⁷⁸

O processo de engessamento da interpretação que foi tratado acima – a concentração do poder de interpretação do direito nas mãos dos tribunais superiores – é mais uma aposta na cisão dos “momentos da interpretação”, conforme preconizava a hermenêutica clássica: primeiro se dá o conhecimento (*subtilitas intelligendi*), depois a compreensão (*subtilitas explicandi*) e, por último, a aplicação (*subtilitas applicandi*). Tenta-se construir premissas fixas de caráter metafísico, tendo como matéria-prima os entendimentos exarados por aqueles tribunais; categorias-sem-hipóteses (seres-sem-entes) que congelariam o primeiro e o segundo “momentos da interpretação”, o conhecimento e a compreensão das

²⁷⁸ Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 426.

normas, deixando para uma terceira ocasião a sua aplicação, que se daria de maneira puramente dedutiva.²⁷⁹

O que essa nova/velha ideologia esquece é que esses “três momentos” dão-se em um só: a *applicatio*. Aí está a diferença entre a analítica e a hermenêutica. O processo hermenêutico não existe de forma independente da aplicação, que ocorre a partir do círculo hermenêutico, onde há uma antecipação de sentido. Não há um movimento unidirecional do universal para o particular. O todo não pode ser dado, em sentido filosófico, *antes* do particular, a não ser sob a forma de um cânon dogmático.²⁸⁰ O círculo hermenêutico parte de uma situação que se liga à tradição em geral e ao objeto de observação em particular ao mesmo tempo. Na expressão de Heidegger, “o mensageiro já deve vir da mensagem. Mas, ele deve também já ter-se dirigido a ela”.²⁸¹ Compreender é mover-se neste círculo: o constante retorno da parte ao todo e do todo às partes.²⁸²

Portanto, a compreensão e a explicitação do sentido de um texto exigem uma compreensão anterior. Um precedente, como uma lei, é um texto jurídico que não “contém” normas, que lhe possam ser “extraídas”. O precedente, como precedente, é inacessível: ele não “carrega”, por si mesmo, todas as suas hipóteses de aplicação. Ontologicamente, seu sentido se dará no movimento de circularidade, “onde o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente”.²⁸³ Significa dizer que, se a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, esse texto não pode ser tomado sem a antecipação de sentido proporcionada pela Constituição, sob pena de não ter sentido válido.

Tudo isso considerado, os precedentes vêm ao auxílio do intérprete. Por isso é que devem se ver livres das conceitualizações, dos abstracionismos, dos voluntarismos e dos mecanismos de *eficientização*, fenômenos alheios e estranhos à constitucionalização do direito e que são típicos da prática vulgar do direito no Brasil.

²⁷⁹ Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos – Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, vol. 8, n. 2. Itajaí, 2003, p. 288.

²⁸⁰ Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 261.

²⁸¹ Apud Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 214, nota 386.

²⁸² Gadamer, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 261.

²⁸³ Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades...*, p. 288.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARISTÓTELES. *Obras completas*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BACON, Francis. *The Works of Francis Bacon Collected and Edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis & Douglas Denon Heath*. Boston: Brown & Taggart, 1862.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *Direito, Estado e Democracia, Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 4. Porto Alegre, 2006.

_____. Questão de Fato em Recurso Extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 13. Porto Alegre, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. London: Baldwin, Cradock & Joy, 1825.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. São Paulo: Ícone, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

CAMUS, Albert. *A Queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CÁRCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 35. Curitiba, 2001.

CARRIÓ, Genaro. Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 1. Buenos Aires, 1959.

DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.

_____. *Mutación de la Constitución*. Oñati: IVAP, 1998.

DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DERSHOWITZ, Alan. *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. New York: Oxford University Press, 2001.

DEVILLÈ, Anne. Opinion(s). In: ARNAUD, André-Jean *et alli* (orgs.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. Ed. Paris: LGDJ, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e Método II*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIULIANI, Alessandro & PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de Ementas Jurisprudenciais: Elementos Teórico-Metodológicos*. Série Monografias do CEJ, vol. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre faticidade e validade*. 2 vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo II*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HOMERO. *Odisséia*. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

HUGHES, Graham. Common Law Systems. In: MORRISON, Alan B. (org.). *Fundamentals of American Law*. New York: Oxford University Press, 1996.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAKATOS, Imre. *Proofs and Refutations: The logic of mathematical discovery*. New York: Cambridge University Press, 1976.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mythologiques I: Le cru et le cuit*. Paris: Librairie Plon, 1964.

LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition*. Boston/Toronto: Little Brown, 1960.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Entrevista concedida a Reinaldo Azevedo. *Blog do jornalista no site da revista Veja na Internet*. Disponível em: http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2009_03_29_reinaldo_azevedo_arquivo.html. Postada em 31 de março de 2009, às 4h39min. Acesso em 1º de maio de 2009.

McCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONATERI, Pier Giuseppe. Il sogno di Jhering. *Site do Cardozo Institute na Internet*. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Business/Monateri-1996/nat_tx.htm. Acesso em 1º de maio de 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. *In: MORRISON, Alan B. (org.). Fundamentals of American Law.* New York: Oxford University Press, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard. *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution and the Courts.* Princeton: Princeton University Press, 2001.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten.* Leipzig: Berlag Von Johann Ambrosius Barth, 1838.

RICOEUR, Paul. Diritto, interpretazione, applicazione – conclusioni della Tavola rotonda “Arte e limiti dell'interpretazione: dal diritto all'ermeneutica, dall'ermeneutica al diritto”, Padova, 17/10/1995. *Ars Interpretandi – Annuario di Ermeneutica Giuridica*, n. 1. Padova, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social.* São Paulo: Cultrix, 1995.

SANCHÍS, Luis Prieto, Motivazioni delle Decisioni Giuridiche e Certezza del Diritto. *Studi Senesi – Rivista dell'Università degli Studi di Siena*, vol. 3-1994. Siena, 1994.

SARTORIUS, Rolf. The justification of the judicial decision. *Ethics*, n. 78. Chicago, 1968.

SCAFF, Fernando Faccury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética do Direito Processual*, n. 50. São Paulo, 2007.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, n. 39. Stanford, 1987.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar.* São Paulo: Scritta, 1996.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão.* Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.* São Paulo: Landy, 2001.

- SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Função e Poder: A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos – Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, vol. 8, n. 2. Itajaí, 2003.
- _____. A Revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica jurídica. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das súmulas. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII. Coimbra, 2006.
- _____. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006.
- _____. Hermenêutica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – O caso dos crimes hediondos. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 5. Porto Alegre, 2007.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Mutações na corte – A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. *Site Consultor Jurídico na Internet*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Publicado em 03 de agosto de 2007. Acesso em 1^o de maio de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Verbete “Repercussão Geral”. Glossário Jurídico. *Site oficial do STF na Internet*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 1^o de maio de 2009.

SWIFT, Jonathan. *The Works of Jonathan Swift*. New York: Derby & Jackson, 1859.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1970.

_____. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 29(2). Padova, 1974.

_____. La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil Genesis*, n. 31. Curitiba, 2004.

TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROTTER, Michael. *Profit and the Practice of Law: What's Happened to the Legal Profession*. Athens: University of Georgia Press, 1997.

VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho*. Madrid, 1995.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984.

_____. *Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WASON, Peter Cathcart. On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, vol. 12, n. 3. London, 1960.

REFERÊNCIAS DE CASOS

TRIBUNAIS E JUÍZOS DO BRASIL

Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Cível Originária (ACO) 304/MT. Autores: Estado de Mato Grosso e Agropecuária Serra Negra Ltda. Réis: União Federal e Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento em que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação Cível Originária (ACO) 312/BA. Autora: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Réus: Ananias Monteiro da Costa e outros. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento em que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação Cível Originária (ACO) 469/RS. Autora: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Réus: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento em que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 144. Arguente: Associação de Magistrados Brasileiros. Arguido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 06/08/2008. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) de 18/08/2008.

_____. Agravo de Instrumento (AI) 581154/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Espólio de Terezinha de Jesus Figueiredo da Silva. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Decisão Monocrática. Julgado em 16/03/2006. Publicado no Diário da Justiça (DJ) de 06/04/2006, p. 78.

_____. Habeas Corpus (HC) 81319/GO. Paciente: Nilo Lottici Júnior. Impetrante: Nilo Lottici Júnior. Coator: Relator do Recurso Extraordinário (RE) 299401/GO. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 24/04/2002. DJ 19/08/2005, p. 05.

_____. Habeas Corpus (HC) 81632. Paciente: José Alves Brito Filho. Impetrante: Paulo Sérgio Leite Fernandes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Maurício Corrêa. 2ª Turma. Julgado em 20/08/2002. DJ 21/03/2003.

_____. Habeas Corpus (HC) 82424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Relator: Min. Moreira Alves. Relator para Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2003. DJ 19/03/2004, p. 17.

_____. Habeas Corpus (HC) 82959/SP. Paciente: Oséas de Campos. Impetrante: Oséas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 23/02/2006. DJ 01/09/2006, p. 18.

_____. Habeas Corpus (HC) 93157/SP. Paciente: Manoel Missias de Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para Acórdão: Min. Menezes Direito. 1ª Turma. Julgado em 23/09/2008. DJe 14/11/2008.

_____. Habeas Corpus (HC) 95332/RJ. Paciente: Roberta Lioi Vieira. Impetrante: Matusalém Lopes de Souza. Coator: Relator do Habeas Corpus (HC) 108212/RJ, do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 1ª Turma. Julgado em 31/03/2009. DJe 30/04/2009.

_____. Mandado de Segurança (MS) 24268/MG. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e outro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 05/02/2004. DJ 17/09/2004, p. 53.

_____. Petição (Pet) 3388. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União Federal. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 19/03/2009. DJe 27/03/2009.

_____. Reclamação (Rcl) 4335/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Parcialmente julgado em 19/04/2007 (quatro votos proferidos). Decisão parcial publicada em DJe 27/04/2007.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 206482/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Pedro Luiz de Oliveira. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 27/05/1998. DJ 05/09/2003, p. 32.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 349703/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008. DJe 12/12/2008.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 411943/RS. Recorrente: Verônica Ely Moreira. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Decisão Monocrática. Julgado em 15/5/2006. DJ 31/05/2006.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 418376/MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2006. DJ 23/03/2007, p. 72.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 466343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008. DJe 13/12/2008.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus (HC) 38269/MG. Paciente: Adilson Francisco Pereira. Impetrante: Adilson Francisco Pereira. Coator: 2ª Câmara Criminal Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. Julgado em 02/12/2004. DJe 1º/02/2005.

_____. Recurso Especial (REsp) 2320/RS. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrida: Indústria e Comércio de Joias Núbia Ltda. Relator: Min. Athos Carneiro. 4ª Turma. Julgado em 25/06/1991. DJ 02/09/1991, p. 11814.

_____. Recurso Especial (REsp) 7943/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Juarez Giron. Relator: Min. Athos Carneiro. 4ª Turma. Julgado em 30/04/1991. DJ 10/06/1991, p. 7854.

_____. Questão de Ordem (QO) no Recurso Especial (REsp) 1063343/RS. Recorrente: Banco Volkswagen S/A. Recorrida: Luciana Maluche. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 17/12/2008.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível (AC) 70000111674. Apelante: Maria Etelvina Sampaio Bilibio. Apelado: Honorato Bilibio. Relator: Des. Osvaldo Stefanello. 6ª Câmara Cível. Julgado em 11/10/2000.

_____. Apelação Cível (AC) 70006975197. Apelante: Sucessão de Gertrudes Elfrida Grimm Drews. Apelado: Walter Carlos Weber. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 7ª Câmara Cível. Julgado em 22/10/2003.

_____. Apelação Cível (AC) 70010619468. Apelante: Henrique da Silva Salcedo. Apelado: Banco Itaú S/A. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. 20ª Câmara Cível. Julgado em 1º/02/2005.

_____. Apelação Crime (ACrim) 70029175668. Apelante: Rafael Santos de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 15/04/2009.

_____. Habeas Corpus (HC) 70030496830. Paciente: Calvin Farias Camargo. Impetrante: Vicente Wilson Leite. Coator: Juiz de Direito da Vara Criminal de Cachoeirinha. Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. 5ª Câmara Criminal. Não julgado até o momento em que esta dissertação foi escrita.

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Recurso em Sentido Estrito (RSE) 1858483/1. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: não divulgado. Relator: Christiano Gomes dos Reis Kuntz (Juiz de Direito Substituto de 2º Grau). 5ª Câmara Criminal. Julgado em 18/07/1995.

Justiça Estadual do Rio Grande do Sul. Comarca de São Borja. 2ª Vara Cível. Processo 100/10500041729. Autora: Maria da Graça Rocha da Rosa. Ré: Sucessão de Fábio Valinote Rocha. Sentença proferida em 31/07/2007.

TRIBUNAIS E JUÍZOS ESTRANGEIROS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). *BVerfGE* 11, 218.

_____. _____. *BVerfGE* 70, 288-293.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights / Cour Européenne des Droits de l'Homme – ECHR/CEDH*). 1994/494. *Ruiz Torija c. Espagne*. Série A nº 303-A, 09/12/1994.

_____. _____. 1994/495. *Hiro Balani c. Espagne*. Série A nº 303-B, 09/12/1994.

_____. _____. 1998/869. *Higgins et autres c. France*, 19/02/1998.

_____. _____. 1999/3. *Garcia Ruiz c. Espagne* [GC]. Nº 30544/96, 21/01/1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Federal (*United States Supreme Court*). *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

- _____. _____. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).
- _____. _____. *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977).
- _____. _____. *Dredd Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
- _____. _____. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1975).
- _____. _____. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).
- _____. _____. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- _____. _____. *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967).
- _____. _____. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- _____. _____. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- _____. _____. *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).
- _____. _____. *Oregon v. Smith (ou Employment Division v. Smith)*, 494 U.S. 872 (1990).
- _____. _____. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- _____. _____. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).
- _____. _____. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1872).
- _____. _____. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).
- _____. _____. *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941).
- _____. _____. *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

_____. _____. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

_____. Suprema Corte do Estado da Flórida (*Florida Supreme Court*). *Gore v. Harris*, 772 S2d 1243 (2000).

_____. Suprema Corte do Estado de Nova York (*New York Supreme Court*). *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

INGLATERRA. Corte de Sir Edward Coke. *Calvin's case*, 7 Coke I, 17 b (1608).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (TCP). Acórdão 39/84. Rel. Cons. Vital Moreira. Diário da República, 1ª série, 05/05/1984.

_____. _____. Acórdão 810/93. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Julgado em 07/12/1993. Diário da República, 2ª série, 02/03/1994.