



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA DAS
DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA
CONSTITUCIONAL**

CLARISSA BRAGA MENDES

BRASÍLIA - DF
2010



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA DAS
DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA
CONSTITUCIONAL**

CLARISSA BRAGA MENDES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

BRASÍLIA - DF
2010

Mendes, Clarissa Braga.

Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional / Clarissa Mendes. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

130 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2010.

1. Segurança jurídica 2. Norma jurídica 3. Justiça 4. Decisão judicial
5. Direito Constitucional. I. Título

CDD 341.272

Catálogo na fonte. Bibliotecária: Vanessa Barbosa da Silva - CRB 1/2066

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA DAS
DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA
CONSTITUCIONAL**

CLARISSA BRAGA MENDES

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho, Docente do IDP

Banca Examinadora:

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo.

A meu pai, Afonso Augusto Braga Mendes, que sempre insistiu, e ainda insiste, na minha formação intelectual.

As minhas amadas mães pelas orações.

A meu esposo, Bruno Alencar, por estar sempre comigo.

A meu orientador, Inocêncio Mártires Coelho, professor e exemplo.

Aos professores do mestrado pelo conhecimento transmitido cujo valor as palavras não podem alcançar.

A todos os membros do IDP pelo tratamento cordial e a solicitude.

“... guia-me pelas veredas da justiça por amor do seu nome”

(Salmo 23)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é enfrentar a problemática de como as decisões judiciais em matéria constitucional podem satisfazer simultaneamente a segurança jurídica e a pretensão de Justiça ínsitas ao Direito. Para tanto, utilizaram-se os métodos de pesquisa bibliográfica e estudo de casos. O resultado da investigação apontou primeiramente para a necessidade de estabelecer conceitos de segurança jurídica e justiça a partir dos quais se desenvolveria o estudo, tendo em vista a amplitude do tema. Assim, segurança jurídica é aqui entendida como previsibilidade das decisões jurisdicionais e justiça é conceituada como correção, aceitabilidade racional apoiada em argumentos, somada à justificação externa ao sistema jurídico. Também foi considerada a ideia de justiça enquanto equidade. A fim de examinar o elemento de argumentação externa ao Direito, foi preciso averiguar o papel da Moral na arquitetura da teoria do discurso de Habermas aplicada ao discurso jurídico. Concluiu-se que a Moral integra o discurso jurídico e, por esta razão, preferiu-se falar em justiça invés de simplesmente correção. A partir deste entendimento, passou-se a examinar alternativas de diminuição da tensão entre os valores segurança e justiça: as contribuições da hermenêutica e a técnica de uniformização das decisões judiciais. Foram apreciados os seguintes métodos hermenêuticos: clássico, tópico-problemático, concretizador e normativo estruturante. O método clássico visa satisfazer a segurança jurídica, mas obstaculiza a pretensão de justiça ao caso concreto e limita a atividade interpretativa, conseqüentemente restringe o desenvolvimento judicial do Direito. Apresentou-se, também, insuficiente para a interpretação dos enunciados normativos constitucionais. Os demais métodos integram a “Nova Hermenêutica”, terreno fértil para a criação judicial. Tal alternativa mostrou-se a mais adequada para satisfazer a pretensão de fazer justiça ao caso concreto. Contudo, influencia a atitude hermenêutica a restringir-se às peculiaridades de cada caso e oferece maiores possibilidades de decisão. Isto induz a tomada de decisões diversas em cada caso. Portanto, não satisfaz a exigência de segurança jurídica. Por outro lado, a técnica de uniformização de decisões judiciais revelou-se hábil a preencher os requisitos de proteção à segurança jurídica e justiça enquanto equidade. O Supremo Tribunal Federal vem afirmando sua competência de uniformizar a interpretação constitucional. A decisão contrária à interpretação dada pelo Supremo Tribunal é passível, inclusive, de ação rescisória. Neste sentido, o conhecimento da teoria do *stare decisis* tem sido, cada vez mais, necessário, principalmente, a fim de evitar provimentos injustos em nome da uniformidade de decisões. Tratar igualmente casos semelhantes é tão imprescindível quanto saber diferenciar casos diversos. A Corte Constitucional declarou, ainda, a competência em dar a última palavra em interpretação constitucional. Em virtude disto, para evitar a quebra da confiança, a modulação de efeitos vem em socorro como instrumento sistêmico de manutenção da segurança jurídica e coerência. A sinalização, técnica norte americana, deve ser utilizada, pelos Ministros da Suprema Corte, como refinamento da modulação, fortalecendo, mais ainda, a segurança jurídica enquanto previsibilidade.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Previsibilidade das decisões. Justiça. Aceitabilidade racional. Argumentação externa. Moral. Direito. Hermenêutica. Uniformização. Decisões judiciais. Jurisdição Constitucional. Precedente judicial. Modulação de efeitos.

ABSTRACT

The objective of this paper is face up the issue of how judicial decisions in constitutional matters may comply with both legal and innate desire of Justice to law. To this end, we used the methods of literature review and case studies. The outcome of the investigation pointed first to the need to establish concepts of legal and justice from which to develop the study, in view of the breadth of the subject. Thus, certainty is understood here as the predictability of judicial decisions and justice is defined as correct, acceptable rational arguments for, added to the grounds outside the legal system. It was also considered the idea of justice as equity. In order to examine the element of argument outside the law, it was necessary found out the role of Morals in the architectural discourse theory of Habermas applied to legal discourse. Concluded that the moral is part of the legal discourse and, therefore, preferred to speak of justice rather than simply corrected decision. Based on this understanding, we started to investigate alternatives to decrease the tension between the values security and justice: the contributions of hermeneutics and technical uniformity of judicial decisions. We assessed the following hermeneutical methods: traditional, topic-problem, fulfilling and regulatory structuring. The classical method tries out satisfying certainty, but hinders the pretense of justice to the case and limits the activity of interpretation, restricting the development of judicial law. Also it was showed insufficient for the interpretation of normative constitutional rules. The other methods are part of the "New Hermeneutics," fertile ground for the creation orders. Then this alternative proved to be more adequate to satisfy the desire to do justice in the case. However, influences the hermeneutic attitude confined to the peculiarities of each case and provides greater opportunities for decision. This leads to different decisions in each case. So do not satisfy the requirement of legal certainty. Moreover, the technique of standardization of judicial decisions has proven to be able to meet the requirements for the protection of legal certainty and justice as equity. The Supreme Court has been affirmating its competence to standardize the constitutional interpretation. The decision conflicts with the interpretation given by the Supreme Court is included into the possibilities of rescission action. In this sense, the knowledge of the *stare decisis*' theory has been increasingly necessary, especially in order to avoid unfair decisions on behalf of standardization. Also, address similar cases in the same form is as essential as knowing how to distinguish different cases. The Constitutional Court held, also the competence to give the last word in constitutional interpretation. Because of this, to prevent the breach of trust, the modulation effects comes to help the systemic maintenance of legal certainty and consistency. The signaling, North American technique of interpretation, should be used by the ministers from Supreme Court of Brazil as modulation's refinement, strengthening even more the legal certainty as predictability.

Keywords: Legal certainty. Predictability of decisions. Justice. Rational acceptability. Arguments outside. Moral. Right. Hermeneutics. Standardization. Judgments. Constitutional Jurisdiction. Judicial precedent. Modulation effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA	13
1.1 Segurança Jurídica. Dimensões	13
1.1.1 <i>Segurança jurídica e Teoria do Direito de Niklas Luhmann</i>	15
1.2 Justiça	19
1.2.1 <i>A idéia de Justiça</i>	19
1.2.2 <i>Correção das decisões judiciais</i>	21
1.3 A questão da Moral no discurso jurídico	27
2 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA	33
2.1 Método jurídico ou hermenêutico-clássico	44
2.2 Método tópico-problemático	51
2.3 Método hermenêutico-concretizador	61
2.4 Método normativo-estruturante	72
3 UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	79
3.1 Teoria do precedente judicial	90
3.2 Modulação efeitos das decisões judiciais	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto técnica social¹, orienta condutas a fim de possibilitar a coexistência humana. Como instrumento de ordenação da sociedade, apresenta a função de estabilização de expectativas, ou seja, oferece um conjunto de normas cujo objetivo é fazer com que os membros da sociedade sigam o comportamento previsto nas relações interpessoais. A norma jurídica realiza o comando geral e uniforme, isto é, seleciona determinados comportamentos dentre os vários possíveis e, assim, surge a pretensão do Direito de uniformizar o agir humano seguindo o padrão normativo, ordenando, portanto, as relações sociais. Daí a visão sociológica do Direito como generalização congruente.²

Nesse íterim, o Direito deve ter a capacidade de garantir a ordenação estável da sociedade, sob pena de falência do sistema por ineficiência desta função. Assim, nota-se claramente que o Direito deve oferecer segurança àqueles que se orientam por suas normas. Isto porque, a pretensão de injuntividade inerente a qualquer comando somente pode ser realizada diante de alguma vantagem advinda do cumprimento. A segurança de que a ação é aceitável socialmente (ao menos juridicamente), a manutenção dos efeitos esperados do ato jurídico (porque previstos ou não vedados pelo sistema) e até mesmo a possibilidade de recorrer às ferramentas de força oferecidas pelo Direito dependem da efetividade deste.

Entretanto, se o Direito fosse entendido tão somente como garantia da ordem, da segurança, da paz pública, entendida como inexistência de hostilidade, a função estabilizadora de expectativas de conduta já seria suficiente. Mas utilizando o raciocínio kantiano³, a segurança não significa somente a ausência de hostilidade, isto é conseguido também por meios violentos empregados pelo Estado. Assim, a segurança no Estado de Direito deve ser assegurada por meios legítimos. A segurança jurídica no Estado Constitucional é garantida pelos próprios direitos fundamentais, sendo também um Direito Fundamental à segurança dos direitos.

A segurança jurídica, no entanto, muitas vezes é utilizada como argumento de manutenção do *status quo*. Nessa perspectiva, o Direito seria considerado

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 328-338.

² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v.1. p. 109. (Biblioteca tempo universitário; 75).

³ ABBAGNANO, op. cit., p. 869.

apenas um instrumento de poder, um meio de evitar as reivindicações sociais atinentes à distributividade. Assim considerado, o sistema jurídico serviria como utilidade e sua força padeceria de legitimidade, em que pese o manejo de instituições legais.

Longe de considerações de vertente ideológica, a segurança jurídica, aqui, deve ser entendida como previsibilidade das decisões judiciais em matéria constitucional. Essa previsão também atinge o efeito de tais provimentos.

Veja-se que, quando se afirma a necessidade de um estado de segurança legítimo, deve-se considerar que o Direito, mesmo como técnica social de ordenação, carece de fundamento valorativo ligado à ideia de justiça. Esta é aqui abordada como correção das decisões judiciais acrescida de justificação externa ao ordenamento jurídico em sentido estrito.

Utilizou-se o conceito de correção de Jürgen Habermas: “[...] aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.”⁴ O significado de argumento⁵ é o sentido geral, qual seja a razão capaz de convencer. Quanto mais forte o argumento, maior o potencial de convencimento. A decisão correta, portanto, será aquela que, fixadas as premissas, segue à conclusão lógica, consistente, não contraditória. A correção é critério lógico-formal.

A justificação externa é a argumentação quanto à escolha das premissas a partir das quais se desenvolveu a decisão. Os argumentos utilizados são alheios ao sistema jurídico, em sentido estrito⁶. Este é o lugar para os tópicos, os quais serão analisados no capítulo dedicado à Hermenêutica.

A questão atinente à ideia contemporânea de justiça não foi enfrentada como tema. Além da perspectiva acima adotada, correção somada à justificação externa, esse valor, fundamental para o Direito, em alguns pontos foi abordado enquanto equidade.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 281. (Biblioteca tempo universitário; 10).

⁵ Nas palavras de Habermas: Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas: In: HABERMAS, op. cit., p. 280-281.

⁶ Fala-se em sentido estrito porque, após integrar a decisão, o argumento pode ser tomado como princípio e “entrar” no sistema jurídico por meio das “portas de entrada” (*imput*) citadas por Luhmann.

O motivo pelo qual se preferiu enfrentar o tema justiça, invés de somente correção, se atribui à integração da Moral no discurso jurídico. Segue, no presente trabalho, o entendimento de que não é possível excluir a Moral da aferição de legitimidade da norma jurídica. Não se diverge do pensamento de Habermas quanto à necessidade do procedimento democrático para a validade da norma, mas a discordância aqui apresentada consiste em que aí não se encerra a averiguação da legitimidade. Compreende-se a necessidade de, além do critério procedimental, verificar a compatibilidade da norma jurídica com a Moral. A exigência de procedimento democrático para legitimar a norma jurídica no Estado Democrático de Direito passa a ser pressuposto de validade. Se o processo legislativo é viciado, a questão da inconstitucionalidade formal da norma, obviamente, merece ser avaliada pela Corte Constitucional. Os critérios não se excluem, somam-se. As razões da escolha por essa linha de raciocínio estão expostas no primeiro capítulo em tópico próprio.

A realidade atual é que as questões postas às Cortes Constitucionais são de natureza alheia a conteúdo exclusivamente jurídico. A judicialização crescente dos conflitos e a cultura de levar ao Judiciário temas antes debatidos em outros fóruns, como questões de cunho ético, moral, político e mesmo religioso⁷, tem levado até mesmo ao questionamento da legitimidade das Cortes Constitucionais para decidirem “definitivamente” sobre essas polêmicas.

As decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal – STF, no exercício da Jurisdição Constitucional, portanto, levam em consideração não apenas argumentos propriamente jurídicos, mas também morais, políticos, econômicos, sociais, científicos, pragmáticos e mesmo religiosos. A dificuldade está em que a interpretação selecionará a conduta correta a ser seguida (função orientadora de expectativas generalizadas congruentemente). Se um lado é preciso estabilizar as expectativas, retirar ou diminuir a incerteza sobre a interpretação de norma constitucional, de outro é necessário garantir o respeito às diferenças, cada vez mais específicas em uma sociedade complexa. Além de tudo, qualquer decisão que constituir um precedente não gera certeza de que outro caso será julgado da mesma

⁷ Tal é o caso decidido na ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – nº 3.510, sobre a constitucionalidade das pesquisas de células-tronco embrionárias.

maneira, pois cada caso apresenta peculiaridades (dependerá da relevância dessa diferença). Isto em obediência à pretensão e correção e justiça inerente ao Direito.

Todo o trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro trata da segurança jurídica, dimensão geral e, após, a visão sociológica de Niklas Luhmann, pois de sua teoria se extrai o conceito do qual parte o desenvolvimento do tema. Aborda-se a ideia de justiça no mundo contemporâneo, de um modo geral, a correção das decisões judiciais, na teoria do discurso de Habermas, a questão da Moral no discurso, frente à arquitetônica apresentada por este filósofo.

O segundo capítulo é dedicado ao papel da Hermenêutica como alternativa analisada por Habermas no enfrentamento da tensão entre segurança jurídica e a pretensão de legitimidade das decisões judiciais. Elucida-se a dificuldade de conciliação entre os dois valores tendo em vista a infinita possibilidade de interpretações dos enunciados linguísticos, bem como a problemática dos limites da interpretação e a ausência de critérios objetivos de aferição da validade da decisão. Investiga-se, ainda, métodos hermenêuticos, do clássico à Nova Hermenêutica.

Por fim, o terceiro capítulo examina a contribuição da técnica de uniformização das decisões judiciais, estuda-se a teoria do precedente judicial e o recurso da modulação dos efeitos da decisão. A abordagem é realizada à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A temática é árdua, não há qualquer pretensão em solucionar a tensão entre segurança e justiça. O presente estudo dedica-se a evidenciar a problemática e a investigar algumas das alternativas oferecidas para tratar a questão.

1 SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 Segurança Jurídica. Dimensões

O Homem é um ser intrinsecamente inseguro, mas que anseia por segurança, fazendo desta aspiração uma necessidade vital. A insegurança suportada pelo Homem ultrapassa a esfera individual e atinge a própria sociedade. Ocorre que é impossível uma sociedade se desenvolver diante da insegurança humana e da instabilidade.

Assim, a segurança é uma necessidade básica do Homem⁸. O Homem deve tomar decisões a todo o momento, portanto, é necessário que haja regras de orientação a serem seguidas. Tais regras exoneram o ser humano do fardo de refletir exaustivamente sobre cada ação antes de conduzir-se, o que impossibilitaria a vida cotidiana.

Sob o ponto de vista sociológico, não é possível admitir uma sociedade sem o mínimo de organização, e esta, por seu turno, não é concebível sem normas de orientação.

O Direito é um instrumento social que viabiliza a organização da sociedade através de normas de conduta. Sem essa organização, sem essa ordem, a sociedade estaria fadada ao fracasso, à catástrofe.

Daí alguns autores, entre juristas, filósofos e sociólogos, afirmarem que a segurança é a razão do Direito.⁹ Como diria Rudolf Von Ihering, em *A luta pelo Direito*: “O objetivo do Direito é a paz.”¹⁰ Esta somente pode ser alcançada se o Direito garantir a segurança jurídica tanto à sociedade como aos próprios indivíduos.

A segurança jurídica é um dos objetivos do Direito, mas representa também um valor e um princípio. Valor por ser escolha axiológica social como um conceito

⁸STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. *Fundamentos de Antropologia: um ideal de excelência humana*. São Paulo: Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005. p. 338.

⁹CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O Problema da Segurança no Direito*. São Paulo: RT, 1964. p. 53.

¹⁰IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Tradução Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 31.

que “é” (ser) ‘bom’ para a sociedade que o escolheu.¹¹ Um princípio porque é uma norma que ‘deve ser’ concretizada.¹² Entretanto, para fins do presente trabalho, adotar-se-ão estes termos como sinônimos.

Enquanto princípio constitucional, a segurança jurídica, seguindo-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, é um “mandado de otimização”. Isso significa que é uma norma cuja efetividade deve ser a máxima possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas da situação posta a exame. Assim, tal princípio ordena (mandamento) ao aplicador que o observe lhe concedendo o máximo de efetividade possível.¹³ Portanto, o grau de efetividade desta norma dependerá da situação fático-jurídica que se coloca e de outros princípios que estiverem em colisão.¹⁴

Em uma ordem objetiva de valores (princípios), ou seja, em um sistema jurídico em que prevalecem valores selecionados pelo constituinte como máximas a serem seguidas por aqueles que pretendam atribuir efetividades às normas constitucionais, a segurança jurídica é a “garantia das garantias”, ou seja, a garantia de manutenção dos valores selecionados na Constituição (direitos fundamentais) de maneira irrevogável.

A segurança jurídica, em si, é um direito fundamental do indivíduo à segurança dos direitos fundamentais que já lhe foram assegurados.¹⁵ Cabível notar que os direitos erigidos constitucionalmente à categoria de ‘direitos fundamentais’ ali não foram postos repentinamente, trata-se de verdadeiras conquistas da própria sociedade, através de muitas lutas, ao longo de toda a história.

Portanto, vale lembrar que a segurança jurídica como direito fundamental à segurança dos direitos conquistados é imprescindível ao desenvolvimento da sociedade para que esta não fique estagnada reunindo e canalizando suas forças apenas para garantir a manutenção do que já foi conquistado. Essa estabilização de conquistas é expressa pelo princípio da proibição do retrocesso, que nada mais é

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153. (Teoria & Direito Público).

¹² Ibid., p. 90.

¹³ Ibid., p. 90.

¹⁴ Ibid., p. 90.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada : estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 47.

que uma abordagem do princípio da segurança jurídica. Há quem compreenda tal princípio, da segurança à segurança dos direitos, como direito humano fundamental.¹⁶

As interpretações que atribuem maior efetividade a um determinado direito fundamental também são protegidas pelo princípio da proibição do retrocesso. Na realidade, a interpretação é a própria norma do princípio constitucional. Nesse sentido, a interpretação mais abrangente é incorporada ao direito interpretado e torna-se conquista. Segundo tal entendimento, seria contrária ao princípio da proibição do retrocesso a interpretação posterior que venha a restringir o que já foi conquistado por interpretação mais efetiva e abrangente.

Observe-se que, como princípio, mandado de otimização, a segurança jurídica orienta as atividades tanto do Poder Judiciário, quanto as do Legislativo e Executivo, sendo-lhe vedado adotar medidas contrárias a este comando que frustrem a confiança das pessoas no Estado de Direito. Esta confiança é depositada tanto nas normas jurídicas quanto em sua implementação. Portanto tal confiança alcança os atos do Estado em todas as suas vertentes, sejam eles emanados de quaisquer dos Poderes.

Como visto, a segurança jurídica possui várias dimensões. Entretanto, a abordagem que aqui interessa é a segurança jurídica entendida como previsibilidade dos efeitos das decisões judiciais, especificamente em matéria Constitucional.

1.1.1 Segurança Jurídica e Teoria do Direito de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann era sociólogo, mas escreveu sobre o Direito, principalmente em sua obra *Sociologia do Direito*.

Segundo esse autor, o Direito é um instrumento social estabilizador de expectativas, afirmando “o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.”¹⁷

¹⁶ Ibid., p. 48.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v. 2. p. 121. (Biblioteca tempo universitário; 80).

Em sua Teoria do Direito, Niklas Luhmann conceitua normas como sendo “expectativas comportamentais estabilizadas em termos contrafácticos.”¹⁸

No dizer de Recaséns Siches: “O homem pode antecipar mentalmente o futuro.”¹⁹ Ainda acrescenta o sociólogo que, através da imaginação, o ser humano possui em seu mundo objetos cognoscíveis e procura conhecê-los e procura ajustar-se, para isto tenta prever o que pode esperar desses objetos e decidir sobre sua conduta.

A isso, a esta espera acerca do mundo, Luhmann atribui o nome de “expectativas cognitivas”. Todos temos expectativas sobre o mundo e sobre o comportamento do outro. Essa expectativa é formada pelas regras sociais, mas principalmente na “constância relativa”²⁰ dos comportamentos. Se determinada conduta social é frequentemente repetida, é expectável que as pessoas ajam conforme tal conduta, mesmo que exista a possibilidade de um contrafacto, ou seja, de um comportamento contrário.

Através dessa “constância relativa” (relativa porque nem sempre o comportamento é semelhante), as pessoas criam expectativas comportamentais sobre o comportamento de outras pessoas, e, por seu turno, isso ocorre com o outro, que cria expectativa sobre a conduta do primeiro, e, nesse sistema, há uma organização comportamental.

Luhmann denomina de “dupla seletividade” a expectativa de expectativa, ou seja, a expectativa de uma pessoa sobre a expectativa que o outro tem sobre o comportamento daquela primeira pessoa, “a expectativa da expectativa”.

Ocorre que, em uma sociedade complexa em que é assegurada e que deve ser respeitada a pluralidade, como o caso da brasileira, as escolhas comportamentais se diferenciam, o que é comportamento “normal” para alguém não o é para outro, daí surgirem as contingências, incertezas acerca da conduta do outro e a expectativa do outro sobre minha conduta.

A contingência é prejudicial à organização social, pois retorna-se ao problema da insegurança, angústia generalizada, por não se saber o que esperar do

¹⁸ Ibid., p. 57.

¹⁹ SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v.1. p. 142.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v. 2. p. 53. (Biblioteca tempo universitário; 80).

outro (já que diferente de mim, em uma sociedade de valores pluralistas), e nem mesmo saber o que o outro espera da minha conduta.

Para amenizar esse problema, que se torna maior quanto maior a diferença de valores, quanto mais complexa é a sociedade, é necessária uma padronização de condutas que orientem as ações. Daí tornar-se necessário um sistema que garanta a organização e a estruturação comportamental da sociedade. Esse instrumento social é o Direito.

O Direito é uma generalização congruente, afirma Niklas Luhmann, isso porque, generaliza comportamentos que antes seriam diferentes, tendo em vista a complexidade da sociedade. Assim, todos deveriam seguir a orientação normativa. A minha expectativa sobre o outro é que este se comporte de acordo com a orientação normativa e a expectativa sobre o que o outro espere de mim é que eu me comporte do mesmo modo, de acordo com o Direito.

Para tanto, o Direito seleciona os comportamentos através de normas. Segundo Luhmann, o Direito produz uma congruência seletiva, ou seja, seleciona determinadas condutas, valores e procedimentos de maneira congruente, para que as expectativas sejam generalizadas e que tenham como orientação tais referências selecionadas; por isso congruentes.²¹

Este instrumento, o Direito, exonera o indivíduo de se orientar por expectativas advindas apenas da “constância relativa”, que em uma sociedade complexa torna-se menos frequente.

O ônus de cada decisão a ser tomada pelo ser humano na vida cotidiana é um peso, é um fardo. O alívio, neste aspecto, é a existência de uma ordem que selecione alguns comportamentos a serem seguidos por todos. Por isso, dizer-se congruente. As condutas antes divergentes se enfeixam e se tornam unificadas.

Claro que há a frustração da expectativa normativa, assim como há na cognitiva. É neste sentido que o Direito possui mecanismos de reparo dos desapontamentos, com objetivo de restabelecer a confiança de todos no sistema.

Tais mecanismos também fazem parte das expectativas, na medida em que é necessário que o indivíduo tenha a previsibilidade quanto à consequência dos

²¹ Ibid., p. 115.

seus atos. Deve ter conhecimento de qual será a resposta do sistema à frustração da expectativa normativa.

Como visto, é indubitável que o Direito tenha um papel fundamental na manutenção da estrutura social. A função do Direito, na Teoria Luhmanniana, é estabilizar expectativas, ou seja, é garantir segurança.

Esta abordagem da Teoria do Direito de Luhmann tem como objetivo demonstrar a imprescindibilidade do Direito na estrutura social como assegurado das expectativas estabilizadas e como orientação da conduta humana.

O enfraquecimento dessa função do Direito poderia causar sérias complicações na estrutura social. A eliminação dessa função em prol de qualquer outro valor extingiria a confiança das pessoas no Estado de Direito, abrindo espaço para o agir privado (vingança privada ou o exercício arbitrário das próprias razões), o que levaria fatalmente a insegurança e ao estado de violência generalizado.

A Teoria do Direito de Niklas Luhmann será a utilizada no presente trabalho, mas referida às expectativas acerca das decisões judiciais. A segurança jurídica deve ser considerada neste texto como sendo a previsibilidade da decisão a ser tomada em um processo judicial e o conhecimento sobre os seus efeitos.

O objeto de estudo será a previsibilidade da decisão judicial tanto pelas partes como pela esfera pública e quais as suas consequências práticas na vida social. Tal previsibilidade é fundamental, porque as decisões judiciais, como normas jurídicas que são, orientam os comportamentos.

É preciso também considerar os efeitos maléficos das decisões judiciais contraditórias, bem como as decisões que gerem surpresa e perplexidade.

Note-se que é impossível chegar-se a um nível de cem por cento de segurança. Faz parte da vida o risco, inclusive o risco da demanda judicial. Entretanto, tal risco deve ser suportável na medida em que os possíveis resultados da decisão judicial sejam previsíveis.

Essa previsibilidade advém do próprio Direito, seja da positividade, seja da dogmática, seja da jurisprudência. O importante é evitar a surpresa, a perplexidade diante da decisão. Não se quer dizer que as partes fiquem satisfeitas com o resultado, mas apenas que tal resultado era previsível. A decisão foi tomada dentro dos limites da demanda e do que é admissível juridicamente.

A consistência da decisão judicial também é importante para segurança jurídica, na medida em que é capaz de convencer até mesmo a parte vencida e fortalecer a confiança da esfera pública na função jurisdicional do Estado e no sistema jurídico como um todo, gerando tranquilidade, paz social.

1.2 Justiça

1.2.1 A ideia de Justiça

A questão sobre o que é a Justiça não é o objeto específico deste trabalho. O debate acerca do conceito de Justiça deve ser tratado em obra específica. Aqui apenas serão abordadas algumas considerações sobre a ideia de Justiça.

Em linhas pretéritas, foi afirmado que alguns autores consideram a segurança jurídica a razão do Direito. Para outros, como Marco Túlio Cícero, o Direito é a própria Justiça.

Existem, ainda, aqueles que, como Karl Larenz, entendem que a manutenção da paz jurídica e a realização da Justiça são os fins últimos do Direito.²²

O conceito de Justiça se processa ao longo da história, ou seja, se adéqua ao contexto (tempo e espaço) dentro de uma determinada realidade cultural. Tal definição também se transforma na medida dos diversos pontos de vista em que é examinada.

Assim, um sociólogo dará uma definição de Justiça diferente da de um filósofo, que, por sua vez, a conceituará de um modo diverso daquela de um economista ou de um cientista político e, desta forma, sucessivamente.

Dentro da própria Filosofia e do Direito, o conceito de Justiça está longe de uma convergência.

Sob dois enfoques, a Justiça é estudada no Direito: o legalista, Justiça Formal; e o substancialista, Justiça Material.

²² LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo Madrid: Civitas, 1985. p. 42. (Monografias civitas).

No que se refere à Justiça Formal, a definição é simples: diz-se justa a ação que se “ajusta” a uma ordem normativa positivada.

Nessa perspectiva, a Justiça está ligada diretamente à lei e ao seu cumprimento. É possível notar, desde já, que este ideal de Justiça é bastante compatível com a segurança jurídica. Isso porque, se segurança jurídica, como dito acima, é, aqui, a previsibilidade dos efeitos do Direito, seria necessário apenas ter o conhecimento sobre a lei para prever as consequências de cada ato.

O conceito de Justiça Material, ou a ideia substancial do que é Justiça, não é apenas um, conforme antes referido, são vários.

Justiça, segundo Nicola Abbagnano, filósofo, possui dois significados. O primeiro é o já referido como Justiça formal: “[...] conformidade da conduta a uma norma [...]”²³. O segundo refere-se à Justiça Material: “[...] eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens.”²⁴

Portanto, esse filósofo define Justiça a partir da eficiência do sistema normativo frente a uma determinada estrutura social. A questão que orbita em torno desta capacidade ou eficiência de uma norma em possibilitar as relações humanas é se saber qual o critério para aferir esta capacidade.

Por exemplo, o critério de igualdade, bastante ligado à ideia de Justiça, ou o de utilidade para o alcance do bem de todos, seria utilitarista, ou a reciprocidade de respeito e tratamento, a igualdade de oportunidade para todos.

Veja-se que uma ordem pode ser autoritária e, mesmo assim, possibilitar as relações entre homens. O que fará com que esta ordem seja vista como justa ou injusta é aquele que a observa.

Tal conclusão deriva do fato de que a Justiça é um valor, portanto, sua apreciação é valorativa. A Justiça é mais ligada a um sentimento do que a um objeto de estudo científico. A Justiça brota de cada ser humano, existindo, claro, pontos comuns, como, por exemplo, a igualdade.

Mas é imprescindível ter a consciência de que o conceito de Justiça virá imbuído de valores e que, junto com tal conceito, virão outros conceitos valorativos

²³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 682-683.

²⁴ *Ibid.*, p. 683.

que completam a camada axiológica do seres humanos. É por este motivo que é difícil encontrar uma definição, um conceito, que satisfaça a todos.

Joaquim Carlos Salgado explica que, nos processos de realização da Justiça Material, elaboração e aplicação da Justiça Formal, está presente a “razão prudencial”, que define como sendo: “[...] a razão que prevê a relação e o meio adequado ao fim [...]”.²⁵

Continuando, o citado autor inclui o valor nestes processos de realização da Justiça Material: “[...] prevê as consequências de uma conduta e que fundamentalmente gera essas consequências segundo uma escala de valores, portanto pondera axiologicamente essas consequências [...]”.²⁶

Afirma também o já referido autor que, nestes processos de realização da Justiça Material, elaboração das normas e sua aplicação, a ideia de justiça deixa de ser abstrata para se tornar a “justiça em ato”. Conclui: “A justiça material é, assim, resultado da aplicação e só se perfaz por força da mediação da *interpretatio*.”²⁷

Tal linha de raciocínio será seguida neste trabalho. A Justiça que aqui será estudada é aquela a ser verificada no caso concreto, no momento da aplicação/interpretação. Note-se que a decisão justa será, antes de tudo uma decisão correta.

1.2.2 Correção das decisões judiciais

Consoante foi referido acima, a decisão, para ser justa, tem de ser, antes de tudo, uma decisão correta. Decisão correta é aquela advinda de um procedimento racional de aplicação do ordenamento jurídico e que passe por um crivo de aceitabilidade racional.²⁸

²⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 147.

²⁶ Ibid., p. 147.

²⁷ Ibid., p. 148.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 245-246. (Biblioteca tempo universitário; 10).

Jürgen Habermas afirma: “Todas as normas vigentes são *naturalmente* indeterminadas [...]”.²⁹

O próprio ordenamento jurídico oferece mais de uma solução juridicamente possível ao mesmo caso. Isso se observa ante a verificação cotidiana da existência de decisões diferentes para casos idênticos. Observe-se, ainda, que o “ordenamento” jurídico nada tem de “ordenado”, trata-se, na verdade, de um todo desorganizado de normas, se examinado abstratamente, e que somente se organiza no momento da aplicação. Portanto, é o intérprete que racionaliza a irracionalidade do ordenamento jurídico a partir de um caso posto a exame para, posteriormente, aplicar determinada norma. Esse procedimento de racionalização é a própria aplicação do Direito.

O fato é que, diante da possibilidade de soluções diversas para casos semelhantes, há uma indeterminação jurídica que vai de encontro à função estabilizadora do Direito, pois gera incertezas não apenas para a esfera pública, mas também para o meio técnico, ou seja, perante os membros do Direito.

Por essa razão, Habermas pontua: “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”.³⁰

É, primeiramente no procedimento de aplicação, hermenêutica jurídica, que se poderá aferir o critério de aceitabilidade racional. A consistência aqui referida não é apenas aquela que leva em consideração a coerência interna e sistematização do próprio ordenamento. Para alcançar a consistência interna, é preciso somente que a conclusão derive coerentemente das premissas dadas pelo intérprete, premissas jurídicas, normativo-dogmáticas (normas ou conceitos oferecidos pela dogmática jurídica³¹).

²⁹ Ibid., p. 269.

³⁰ Ibid., p. 245.

³¹ Neste sentido, afirma Luhmann: “La característica mas importante em el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *proibición de la negación*: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación.” [Tradução nossa: A característica mais importante no conceito de dogmática para a compreensão habitual é a proibição de negação: a não-negabilidade dos pontos de partida das cadeias de argumentação.] LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In:_____. *Sistema Jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 27.

Para que uma decisão seja correta, há de ser verificada, também, a justificação externa, ou seja, externa ao sistema jurídico, levando-se, pois, em consideração, o histórico de decisões anteriores e que, ao mesmo tempo, faça-se um juízo de prognose, a fim de se prever as possíveis consequências de suas escolhas (metodológicas, por exemplo).

É com este objetivo que o intérprete procura realizar a “função integradora da ordem jurídica”³², submergindo-se em um contexto, analisando as necessidades sociais e a adequação cultural (norma-fato), além do que é eminentemente jurídico, e buscando responder, acima de tudo, mediante uma argumentação satisfatória, convincente. A decisão interessa às partes, mas interessa, para além destas, aos membros do Direito e à esfera pública. A confiança depositada na função jurisdicional do Estado depende da correção das decisões jurídicas tomadas pelo Poder Judiciário.

Habermas explica: “Correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. [grifo nosso]”³³ Une em seu posicionamento, sobre o que considera decisão correta, a Teoria do Agir Comunicativo e a Teoria da Argumentação.

Explica o que são argumentos:

Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas.(grifo nosso)³⁴

Argumento, portanto, é o ato comunicativo tendente a convencer os destinatários, mas sob as condições do discurso. Na realidade, “sob as condições do discurso” quer dizer que os participantes não buscam o poder de convencimento em si, mas integrar o argumento ao discurso para que este possa sofrer as refutações dos destinatários, necessárias à busca da verdade. Entretanto, os destinatários/participantes devem ter em mente a “busca cooperativa da verdade” e não a utilização do argumento como instrumento de poder a fim apenas de convencer os participantes de que o seu é o melhor argumento.

Impende notar que, para aplicação da Teoria do Agir Comunicativo, seria necessária a implementação do próprio princípio do discurso no âmbito jurisdicional:

³²Cf. HABERMAS, op. cit., p. 102-246.

³³ Ibid., p. 281.

³⁴ Ibid., p. 280.

“D: são válidas precisamente as normas de ação com as quais poderiam consentir, enquanto participantes de discursos racionais, todos os possíveis atingidos”.³⁵

Consoante acima exposto, os possíveis atingidos pelo processo judicial são pessoas indeterminadas, pois os atingidos diretamente são as partes e os terceiros juridicamente interessados, mas há os que têm interesses diversos, como, por exemplo, interesses econômicos, e, ainda, remanesce o interesse geral a uma decisão coerente (não conflitante com as demais) e correta.

Assim, não existem instrumentos processuais jurisdicionais para garantir a oportunidade de participação de todos os interessados no discurso, à semelhança do que ocorre nos discursos para elaboração de leis, nos quais a aplicação do princípio democrático assegura, ao menos em tese, a participação equitativa dos atingidos.

Sobre essa pontuação, alude Habermas:

O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos que aplica.³⁶

Traz o referido autor exemplos da promotoria e da defesa, no processo penal, bem como das partes, no processo civil. Assevera que, através da institucionalização dos papéis, é possível observar uma simetria dos processos judiciais aos discursos na Teoria do agir comunicativo, embora a duração dos processos não permita um maior debate fora do Direito.³⁷

Permito-me discordar de tal assertiva. No processo penal, pode haver uma certa semelhança, posto que a promotoria realiza a persecução penal, pretensão punitiva do Estado, em nome da sociedade. A promotoria, portanto, deve estar comprometida com a busca cooperativa da verdade, mas a defesa está comprometida com as teses defensivas e utilizará os argumentos disponíveis para fazer valer, não a verdade procedimental, mas seu argumento. Há, neste caso, o emprego estratégico da linguagem e do poder de convencimento.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142. (Biblioteca tempo universitário; 10).

³⁶ *Ibid.*, p. 292.

³⁷ *Ibid.*, p. 293.

No processo civil, ainda mais o interesse no “ganho da causa” faz com que a busca cooperativa da verdade, ao menos no que se refere às partes, caia por terra.

Assim, em ambos os casos, há apenas um participante interessado na busca da verdade procedimental, qual seja, o terceiro imparcial, o juiz. Daí se detrai a fragilidade da aplicação da teoria do agir comunicativo nos discursos jurídicos no processo judicial.

Buscando a aplicação da Teoria do Agir Comunicativo para os processos judiciais, propõe Habermas: “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”.³⁸

O que Habermas denominou de “esforço cooperativo” trata-se, sob o ponto de vista pragmático, de um esforço por parte do intérprete para trazer para o processo interpretativo a comunicação pública dos cidadãos. Assim, é imprescindível que o julgador leve em consideração o que lhe diz a esfera pública.

Observe-se que não é possível haver uma comunicação real entre o terceiro imparcial, julgador, e as partes ou a esfera pública, no que se refere ao pensamento jurídico do intérprete sobre o caso antes do julgamento, sob pena de antecipação de juízo.

Esta comunicação do juiz com os cidadãos, com a comunidade jurídica ou mesmo com as partes, deve se dar processualmente. Isso quer dizer que não é dado ao juiz antecipar julgamento, a menos se autorizado, nos casos de deferimento de tutelas de urgência, as quais seguem com fundamentação jurídica e, portanto, há uma comunicação do juiz aos destinatários sobre seus argumentos através da argumentação exposta nos fundamentos da decisão.

Contudo, como pode haver uma comunicação nos termos do princípio do discurso no processo judicial se um dos participantes não pode expor seus argumentos para fins de busca cooperativa da verdade?

O que ocorre, realmente, no processo judicial, é a colocação de argumentos apenas pelas partes para um destinatário, o juiz. Note-se, ainda, que, como referido acima, não ocorre um esforço cooperativo para a busca da verdade, há, na prática, o

³⁸ Ibid., p. 278.

emprego estratégico da linguagem e de outros instrumentos postos a disposição, a fim de que o argumento utilizado seja tido como “o melhor argumento”.

Com isso, observa-se a dificuldade em se aplicar a Teoria do Agir Comunicativo aos processos judiciais.

Entretanto, é possível extrair dessa teoria alguns elementos para atingir-se uma decisão correta (para HABERMAS) e justa. A proposta de que o juiz compreenda sua interpretação como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos, é um passo para que a sua decisão tenha uma adequabilidade social.

Considerar uma comunicação, ainda que hipotética, posto que a efetiva não é possível no processo judicial, entre os cidadãos e o próprio entendimento prévio do juiz é um caminho para visualizar o sistema jurídico como um todo, como um instrumento social, portanto, voltado às exigências sociais.

Sobre este raciocínio, impende trazer as palavras de Niklas Luhmann: “[...] se puede decir que la justicia, como perfección de la unidad de sistema, se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad [...]”.³⁹

O juiz, ao verificar o sistema jurídico como um todo, voltado às exigências da sociedade, e o Direito como instrumento a atender estas exigências, portanto, na prática, ao interpretar os fatos, as normas e os conceitos da dogmática a fim de solucionar o que lhe foi posto, trata, de alguma forma, o processo como um discurso em que há uma comunicação entre ele e a sociedade, ainda que o faça hipoteticamente e através de argumentos de fundamentação da decisão.

O presente trabalho incorpora a ideia de Habermas de decisão correta, entretanto, pretende-se acrescer a esta um *plus*, para considerar-se a ideia de Justiça.

Neste sentido, entende-se por justa a decisão capaz de utilizar argumentos consistentes, em sua fundamentação, e suficientes para convencer as partes de que foi tomada a melhor escolha dentre as possíveis, no momento e, ao mesmo tempo, conquistar a confiança da esfera pública.

39 Tradução nossa: “[...] se pode dizer que a justiça, como perfeição da unidade do sistema, se refere às exigências impostas ao direito pela sociedade em sua totalidade [...]”. LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In:_____. *Sistema Jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 37.

Para uma decisão ser justa, é preciso, portanto, que seja consistente, isenta de contradição em relação aos argumentos utilizados; seja capaz de convencer as partes, embora possa contrariar seus interesses individuais; seja, ainda, confiável perante a esfera pública, ou seja, contenha argumentações extrajurídicas destinadas a explicitar as razões pelas quais foi escolhido aquele posicionamento jurídico em vez de outros caminhos que poderiam ter sido escolhidos pelo intérprete.

Pretende-se, aqui, visualizar a decisão em sua argumentação estritamente jurídica, coerência interna, mas também extrajurídica. Esta se compõe da justificação pela escolha do método, bem como dos elementos que, integrando a decisão, lhe atribua adequação social.

1.3 A questão da Moral no discurso jurídico

A razão pela qual prefere-se a denominação Justiça à correção das decisões refere-se ao entendimento, aqui adotado, de que a Moral integra o discurso jurídico.

Jürgen Habermas afirma que o discurso jurídico é uma forma específica de discurso que deriva do princípio do discurso ideal, assim como o discurso moral. Desta forma, o princípio do discurso “D” dá origem a outros discursos, como o discurso moral e o discurso jurídico. Para este filósofo, portanto, o princípio do discurso “D” é moralmente neutro. Como o discurso jurídico deriva do discurso geral “D”, também é considerado por Habermas moralmente neutro, havendo entre a Moral e o Direito apenas uma relação de complementariedade.⁴⁰

Discordando deste pensamento, Karl-Otto Apel apresenta uma crítica à arquitetônica da diferenciação discursiva proposta por Habermas nos moldes acima referidos. Tal abordagem é realizada através do princípio transcendental-pragmático e tem como objetivo a reconstrução da ética do discurso a fim de que esta teoria não se dissolva.⁴¹

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 91-114. (Coleção Biblioteca Colégio do Brasil).

⁴¹ APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.

O ponto de partida de Apel refere-se ao denominado por Habermas: princípio do discurso moralmente neutro. Afirma Apel que Habermas intenta buscar na teoria do discurso (moralmente neutro) a fundamentação normativa do Direito, isso porque pretenderia Habermas criar uma teoria mediadora das propostas do positivismo e do Direito Natural.

Habermas, contudo, defende que o Direito independe da Moral, portanto, não carece de legitimação normativa. A legitimação, conforme afirmado, seria buscada no discurso, mas, para que o Direito não dependa da moral, este discurso deveria ser “moralmente neutro”.

Observe-se que Habermas encontra a legitimação das normas jurídicas não no princípio moral, mas no princípio democrático. O procedimento democrático atribuiria às normas jurídicas, consideradas abstratamente, no momento da elaboração, a pretensão de legitimidade necessária à validade.

Apel aponta uma contradição nesta construção proposta por Habermas quanto à diferenciação do discurso, qual seja, o fato de que Habermas defende a exigência de compatibilidade entre Direito e Moral, sendo que esta compatibilidade, ou mesmo a necessária complementariedade, decorre necessariamente da dependência unilateral do Direito em relação à Moral. Apel, por esse motivo, afirma que o Direito pressupõe a Moral, mas o contrário não ocorre.

Para compreender melhor a diferenciação proposta por Habermas e a crítica apresentada por Apel, oportuno transcrever o princípio do discurso ideal “D” e do discurso moral “U”, nessa ordem:

“D: são válidas precisamente as normas de ação com as quais poderiam consentir, enquanto participantes de discursos racionais, todos os possíveis atingidos.”⁴²

“U: Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para satisfação dos interesses de *todo* indivíduo, possam ser aceitas sem coação por *todos* os interessados.”⁴³

Observe-se que a Teoria Discursiva exige condições ideais de discurso que em si apresentam um conteúdo moral. Observe-se:

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142. (Biblioteca tempo universitário; 10).

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 147. (Biblioteca Tempo Universitário; 84. Estudos Alemães).

- “(a) Inclusividade: nenhuma pessoa capaz de dar uma contribuição relevante pode ser excluída da participação.
- (b) Distribuição simétrica das liberdades comunicativas: todos devem ter a mesma chance de fazer contribuições.
- (c) Condição de franqueza: o que é dito pelos participantes tem que coincidir com o que pensam.
- (d) Ausência de constrangimentos externos ou que residem no interior da estrutura da comunicação: os posicionamentos na forma de “sim” ou de “não” dos participantes quanto a pretensões de validade, criticáveis, têm de ser motivados pela força de convicção de argumentos convincentes.”⁴⁴

O conteúdo moral faz parte das próprias condições ideais de discurso. As primeiras pressuposições derivam da justiça enquanto igualdade entre os partícipes. A franqueza deriva da honestidade dos participantes, a qual, por sua vez, vem de imperativos morais. A proibição de argumentos arbitrários, vazios de argumentos plausíveis é também uma condição que deriva do princípio “U”, porque ninguém aceitaria, sem coação, as consequências de um posicionamento não motivado.

Depreende-se que a Moral orienta as próprias normas que exigem o cumprimento das condições do discurso, para que este não perca sua pretensão de legitimidade. Então, a pretensão de legitimidade deriva do discurso justo, ou seja, no qual foram cumpridas regras morais de participação.

Se o discurso ideal, princípio “D”, contém exigências normativas, morais, os discursos específicos que derivem daquele, como é o caso do discurso jurídico, também possui conteúdo normativo.

Entretanto, há que se perquirir se o resultado do consenso, ou seja, o entendimento que deriva deste discurso, em si, possui conteúdo moral, ou carece de um controle final de legitimidade. Melhor dizendo, se o que resulta do discurso ideal pressupõe-se, desde já, legítimo, ou carece de controle de legitimidade posterior, como, no caso de normas jurídicas, no momento da aplicação/concretização.

Na primeira hipótese, ou seja, naquela em que qualquer norma derivada do discurso em condições ideais é legítima, entende-se que o princípio democrático seria suficiente para atribuir validade às normas jurídicas.

Os que concordarem com a segunda hipótese, segundo a qual as condições ideais de discurso, caso completamente respeitadas, por si sós, não garantem a

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 97. (Coleção Biblioteca Colégio do Brasil).

compatibilidade entre as normas jurídicas resultantes e a Moral, entendem que deve haver no momento da aplicação das normas jurídicas um exame de compatibilidade das normas com a Moral e, portanto, não basta somente o princípio democrático para atribuir validade às normas jurídicas.

A posição aqui defendida pressupõe a segunda hipótese. Primeiro, porque o ser humano não consegue despir-se de sua “camada axiológica”, ou seja, de todos os valores culturais que foram incorporados à sua personalidade ao longo da vida para argumentar de maneira estritamente racional.

Segundo, por que não raro há o emprego estratégico da linguagem e do poder de convencimento que possuem alguns participantes. As condições ideais de discurso se aproximam mais de um ideal democrático e ético a ser atingido que propriamente de exigências para se atribuir legitimidade aos discursos.

Comunga deste entendimento Klaus Günther⁴⁵, para quem justificação e aplicação das normas pressupõem o princípio moral “U”. Este autor distingue a justificação e a aplicação. A moralidade justifica a generalização de comportamentos por normas, é a justificação de normas consideradas abstratamente. A juridicidade encontra-se na aplicação, no momento de concretização das normas abstratas ao caso concreto.

Günther retira o fundamento de validade das normas jurídicas das normas morais através do princípio “U”. Desta forma, o Direito depende da Moral, porque o discurso jurídico deriva do princípio moral, princípio de universalização.

Entretanto, este mesmo autor ressalta que a justificação das normas jurídicas, encontrada nas normas morais, não legitima, por si só, a aplicação das normas jurídicas. Enquanto a argumentação que justifica as normas abstratas dirige-se a um juízo normativo, moral, a argumentação de aplicação dirige-se a exprimir a adequação das normas ao caso concreto.

A diferenciação dos momentos de elaboração normativa e aplicação das normas jurídicas importa em demonstrar que a pretensão de legitimidade própria ao Direito não se encerra na elaboração das normas abstratas (conduta generalizada), sejam estas fundamentadas no princípio “U” (moral), como preceituam Günther e

⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p. 49-73.

Apel, sejam as normas jurídicas fundamentadas no princípio democrático, como afirma Habermas.

O importante é saber que a validade das normas jurídicas merece ser aferida tanto na elaboração como na aplicação, que exige um critério de adequação a ser demonstrado por argumentos.

Concordo com Habermas, ao buscar fundamento de validade das normas jurídicas no princípio democrático, mas este procedimento, por mais legítimo que seja, não exclui a apreciação normativa após sua conclusão, por isto me filio ao entendimento de Günther e de Apel, segundo o qual não é possível afirmar que o discurso jurídico é moralmente neutro.

Ocorre que tal pensamento escolhido apresenta alguns problemas, principalmente no que se refere à pluralidade de valores. Em uma sociedade complexa, gera uma divergência quanto ao valor Justiça. Entretanto, conforme acima referido, a Justiça aqui tratada diz respeito à decisão consistente que traga argumentos convincentes. Tal decisão terá ressonância social, ou adequação social, quando gerar confiança da sociedade no exercício da função jurisdicional do Estado.

È o impacto das decisões judiciais na esfera pública e na comunidade jurídica que traz elementos para avaliar sua consistência. A comunidade jurídica exerce um controle externo da consistência interna da decisão, ou seja, no que se refere à matéria estritamente jurídica e sua aplicação ao caso concreto. A esfera pública dá a resposta social à consistência externa da decisão; em outras palavras, oferece a resposta social aos argumentos que atribuem consistência externa à decisão, aqueles que apresentam justificativas extrajurídicas, os motivos, para escolha daquela interpretação em vez de outras juridicamente possíveis.

A esfera pública já não se contenta com a resposta: “porque é lei”. A sociedade busca o “porquê” da lei e a aplicação justa desta lei aos casos. A sociedade necessita desta confiança, desta segurança, de que a decisão será fundamentada, mas não se trata apenas de um fundamento formal; a fundamentação para ser completa deve ir além da coerência interna da decisão, ou seja, a não contradição entre as premissas dadas e a conclusão, segundo o Direito, mas também deve oferecer argumentação que atribua consistência externa, a ligação entre as exigências sociais e o sistema jurídico.

No que concerne ao presente estudo, o procedimento que interessa para averiguar a justiça das decisões é o de aplicação das normas. Para tanto, é necessário analisar-se os métodos hermenêuticos jurídicos e suas consequências frente a problemáticas da justiça das decisões *versus* segurança jurídica.

Observe-se que, embora aparentemente conflitantes tais valores, segurança e justiça, a indeterminação do Direito e as incertezas causadas por imprevisibilidade dos efeitos do direito e das decisões judiciais, como decisões conflitantes, têm impacto na própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica, ou seja, a insegurança também é uma espécie de injustiça.

Note-se que, em decisões conflitantes, ou seja, soluções diferentes tomadas em casos semelhantes geram não somente insegurança, mas também injustiça. Veja-se que, nesses casos, as partes são tratadas desigualmente frente a situações iguais, somente pelo fato de a decisão ter sido proferida por diferentes juízes, ou órgãos do Tribunal. Tal fato implica em desconfiança da esfera pública na função jurisdicional do Estado, o que pode levar à preferência pela “justiça privada”, exercício arbitrário das próprias razões, generalizado e, conseqüentemente a um estado de insegurança, de instabilidade.

O risco das decisões contraditórias atinge a função do Direito de generalizar expectativas congruentemente, ou seja, estabilizar expectativas normativas. Sobre isso afirma Luhmann: “Todo aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma.”⁴⁶

Nas palavras de Habermas: “De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito?”⁴⁷

O exame desse problema passa, antes de tudo, pelo estudo da hermenêutica jurídica.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v. 2. p. 34-35. (Biblioteca tempo universitário; 80).

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 261. (Biblioteca tempo universitário; 10).

2 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA

Uma das alternativas, citada por Habermas, oferecida pelo Direito para o tratamento da questão acima exposta, qual seja, a satisfação simultânea do princípio da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade das decisões judiciais, vem da Hermenêutica.

Antes de expor a proposta trazida pela Hermenêutica para o desenvolvimento da resposta ao problema, é necessário introduzir o tema que, por si só, já demanda estudo próprio, alertando, contudo, que não é objetivo do presente trabalho o aprofundamento deste tema específico.

Hermenêutica é o estudo dos princípios e métodos de interpretação. Segundo Carlos Maximiliano, esta não se confunde com aquela, sendo a primeira a teoria que tem como objeto o estudo e a sistematização do processo interpretativo.⁴⁸

Inocência Mártires Coelho conceitua a interpretação das normas jurídicas como sendo:

[...] uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.⁴⁹

Também faz parte da hermenêutica jurídica estudar a relação entre o sujeito cognoscente (intérprete) e o objeto de estudo. Neste caso, os eventos e enunciados jurídicos linguísticos, bem como a influência do sujeito na interpretação do texto e dos casos.

Apresentar-se-á, ao mesmo tempo, uma abordagem trazida pela Hermenêutica filosófica, sem a qual a hermenêutica eminentemente jurídica (se é possível dizer que existe uma) carece de conteúdo.

Assim, do ponto de vista da Semiótica, a interpretação é a revelação do significado ligado ao signo. Aquela refere-se ao estudo filosófico dos signos, bem como de sua utilização na comunicação. Trata-se de uma espécie de filosofia da

⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1.

⁴⁹ COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

linguagem. Signo é o um objeto ou evento que menciona outro objeto ou evento, a que é atribuída a denominação de significado.⁵⁰

Em sentido amplo, interpretar é um modo de perceber o mundo. Tomás de Aquino define interpretação como elucidação do significado oculto do texto. Outros sentidos são atribuídos à palavra interpretação pelos filósofos ao longo da história.⁵¹

Para Schleiermacher, precursor da hermenêutica contemporânea⁵², interpretar é compreender um texto qualquer que ofereça uma distância linguística, histórica ou mesmo cultural. Neste processo de descoberta, ao intérprete é dado ir além até mesmo do próprio autor. O texto transcende o significado inicialmente concedido pelo escritor.⁵³

A interpretação, nessa linha, revela conhecimentos diversos dos quais o próprio autor buscava expor, mais além, do ponto de vista histórico-cultural, pois o texto interpretado é fonte de conhecimento superior ao próprio assunto objeto do texto.⁵⁴

O sentido vai além da simples descoberta do que o que o autor quis dizer. Por esta razão Schleiermacher afirma que interpretar é “entender o discurso tão bem e até melhor do que o próprio autor o entende.”⁵⁵ Portanto, o texto transcende o autor e a interpretação transcende o texto.

Em Schleiermacher, o conceito de interpretação deixa de ser o preconizado por Thomas de Aquino – a descoberta do sentido oculto –, passando a crescer novos conhecimentos e a ser vista com saber histórico.⁵⁶

Dilthey, discípulo de Schleiermacher⁵⁷, teorizou que para as chamadas ciências do espírito, entre as quais se enquadra o Direito, o ato de explicar não é adequado. Explicar é o ato de conhecimento próprio das ciências da natureza. As ciências humanas enquadram-se epistemologicamente na atividade de compreender.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 665-668, 1032-1036 e 1061-1062.

⁵¹ Ibid.

⁵² HUISMAN, Denis. *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 865-864.

⁵³ Ibid., p. 865-864.

⁵⁴ Ibid., p. 865-864.

⁵⁵ ABBAGNANO, op.cit., p. 665-668.

⁵⁶ Ibid., p. 665-668.

⁵⁷ HUISMAN, op.cit., p. 865-864.

Tal oposição, compreender/explicar, é realizada por Dilthey na teorização das ciências do espírito.⁵⁸ O conhecimento dos fenômenos humanos merece estudo referido à linguagem e à historicidade. A linguagem é a forma de expressão das ciências do espírito, mas não é somente isso; no estudo das ciências humanas é imprescindível a colocação espaço-temporal do objeto e a visão do sujeito cognoscente direcionada à ótica histórica do fenômeno estudado.

Compreender é interpretar. Assim, a concepção de mundo do intérprete integra a interpretação, assim como sua cultura, como ser histórico que é. Na apreensão do objeto o sujeito cognoscente realiza, mesmo que involuntariamente, uma “filtragem”. A leitura do intérprete acerca do texto é limitada à sua própria realidade histórico-cultural, à sua linguagem e, enfim, ao seu mundo. É por este motivo que existem interpretações diferentes sobre um mesmo conjunto de signos, textos; na ponte entre signo e significado estão embutidos os valores do intérprete, inseridos que estão em seu mundo.

Note-se que de um mesmo intérprete podem surgir diversas interpretações. A diversidade interpretativa não é por si só nociva, ao contrário, cada interpretação é acrescentada, passando a fazer parte do próprio objeto. Trata-se de novos modos de ver o objeto, mas que, mesmo superando-o, o conservam-no (*Aufgehoben*).⁵⁹

No Direito este fenômeno também ocorre, tanto na interpretação das normas quanto na dos fatos jurídicos. A diferença é que, enquanto uma obra de arte, por exemplo, somente é engrandecida pelas várias interpretações que lhe são atribuídas, a diversidade interpretativa acerca de um mesmo caso jurídico gera insegurança social e conseqüentemente põe em cheque a confiança no Poder Judiciário e no Estado de Direito.

Como visto no capítulo anterior, a segurança jurídica como previsibilidade das decisões judiciais e de seus efeitos não suporta a extrema diversidade interpretativa de casos semelhantes.

Se um mesmo intérprete possui diversas visões sobre o mesmo caso, o que esperar de intérpretes diferentes? Mais ainda, o que esperar quando esses intérpretes estão inseridos em uma sociedade complexa, onde impera a diversidade cultural?

⁵⁸ HUISMAN, op. cit., p. 865-864.

⁵⁹ COELHO; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 48.

Esperam-se interpretações diferentes quanto à diversidade cultural entre os intérpretes. No Estado de Direito, a diversidade de ideias (pluralismo) deve ser respeitada, assim como a segurança jurídica, entendida como a confiança no próprio Estado de Direito, que é regido por leis e não por pessoas. A previsibilidade quanto às consequências das condutas é característica fundamental do Estado regido por leis. Os efeitos das ações devem estar previstos nas normas jurídicas.

Martin Heidegger relaciona a compreensão à própria existência humana. Propõe a hermenêutica do ser (*Dasein*).⁶⁰ Dessa forma, não há como dissociar o “ser” do intérprete da própria interpretação que este realiza.

O “mundo” do intérprete integra a interpretação. Toda compreensão parte de uma pré-compreensão. Esse conjunto de conceitos prévios sobre o objeto do conhecimento é a experiência do próprio intérprete, o “ser” do sujeito cognoscente sem o qual não haveria condição para iniciar qualquer processo de compreensão. Não existe conhecimento que parta do nada. Esse movimento entre o “ser” do intérprete e o objeto foi denominado por Heidegger de “círculo hermenêutico”.⁶¹ A interpretação passa a ser, em Heidegger, a constituição da existência humana.⁶² Do mesmo modo, a interpretação leva consigo o “ser” do intérprete.

A cada leitura o intérprete descobre\constrói um sentido diverso que se incorpora ao texto como novo conhecimento. Um mesmo intérprete pode se encontrar diante de duas ou mais interpretações diferentes e ter de escolher entre uma delas. É o que ocorre, não raras vezes, no Direito. Neste caso o juiz é obrigado a escolher, decidir, entre as várias interpretações, apenas uma como resposta ao caso.

Isto significa, nas palavras de Karl Larenz: “[...] o juiz tem de, entre as várias possíveis ou pensáveis proposições jurídicas, escolher precisamente aquela ‘que seja fundamentalmente a justa’ na presente situação.”⁶³

Daí se extrai que a escolha é determinada por um ato de vontade. Uma decisão que deve ser necessariamente tomada, sob pena de negativa de acesso à Jurisdição. Cabe saber que motivos levaram o intérprete a decidir por uma dentre

⁶⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. (O saber da filosofia).

⁶¹ HUISMAN, op. cit., p. 167.

⁶² Ibid., p. 667.

⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 122.

tantas outras interpretações. O critério pode ser valorativo, político, econômico, social, utilitarista ou outro. Entretanto, a exposição desse critério, ou razões de escolha, é imprescindível, não somente para a transparência da atividade jurisdicional, por ser direito do jurisdicionado, tendo em vista a previsão do art. 93, inc. XI da Constituição Federal de 1988.⁶⁴

A fundamentação de todas as decisões é garantia decorrente do Estado de Direito. O jurisdicionado tem o direito de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Este “processo legal” comporta decisões judiciais que serão, obrigatoriamente, “fundamentadas”.

Entende-se por fundamentadas, primeiro, as decisões que se pronunciam acerca do caso concreto e não se contentam em indicar os motivos de negar ou deferir pedidos em casos semelhantes, as denominadas “decisões padrão”. Segundo, aquelas que enfrentam todos os pontos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como os que, uma vez acatado o argumento, sejam capazes, por si, de alterar o resultado da decisão. Finalmente, a resposta jurisdicional deve conter motivação adequada e suficiente. Isto inclui a exposição dos motivos de escolha da decisão entre outras possíveis.

O Supremo Tribunal Federal tem pacificado o entendimento, segundo o qual o julgador não está obrigado a enfrentar todos os argumentos levantados pelas partes. Considera-se bastante a exposição de fundamentos tidos como adequados e suficientes à solução da controvérsia.⁶⁵ Para elucidação, seguem algumas ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMINAL. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA QUANTO AO CRIME DE ESBULHO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS AGRAVANTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o reconhecimento da prescrição na pendência de agravo e o prejuízo, obviamente, das questões suscitadas no recurso extraordinário que tenham relação com o delito cuja prescrição foi reconhecida. 2. As alegações de afronta à Constituição da República, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar ofensa apenas reflexa à Constituição da República. 3.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). Art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...]”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 fev. 2010.

⁶⁵ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 712834 AgR, *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 fev. 2009; RE 391847 AgR – ED, *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 maio 2009; RE 417446 AgR – ED, *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 ago. 2005.

Inviável o recurso extraordinário quanto à questão que não foi objeto de debate explícito pelo acórdão recorrido: incidência da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 4. O art. 93, inc. IX, da Constituição da República não exige que o órgão julgante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento: precedentes.”⁶⁶

Com razão entendeu o acórdão recorrido que a decisão, então embargada para declaração, continha fundamento suficiente para o convencimento dos Juízes, que apreciaram a questão de acordo com elementos reputados adequados à solução da lide, sem a obrigação de responder a todos os argumentos das partes.”⁶⁷

Entretanto, há casos de abuso. Decisões que, a par desse entendimento, negam a jurisdição e deixam de enfrentar questões importantes aduzidas pelas partes. Sobre isto, o Supremo Tribunal Federal já expressou ser inaceitável decisão carente de fundamentação, representação única de força. Compreende, ainda, que tal ato constitui negativa de jurisdição completa.

Assim, segundo o Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário nº 435.256-7, em seu voto:

A exigência de fundamentação dos pronunciamentos judiciais nada mais é do que o enfrentamento das causas de pedir veiculadas pelas partes. Cabe o julgamento do conflito e não a simples decisão deste, lançando-se, no cenário jurídico, verdadeiro ato de inteligência. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo responder aos questionamentos das partes. Eis a síntese da atuação mais consentânea com a ordem instrumental no que, em última análise, encerra liberdade em seu sentido maior, podendo o cidadão saber o que se mostra passível de acontecer na tramitação processual. Implica ato de força deixar sem análise causa de pedir apresentada quer pelo autor, quer pelo réu.⁶⁸

Asseverou, ainda, o ministro relator, que ocorreu a negativa de entrega da prestação jurisdicional completa, com o que concordou a ministra Carmen Lúcia. Ficou assentado que o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional não era incompatível com a celeridade e que, em nome desta não seria possível afrontar o devido processo legal.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 661605 AgR, *Diário da Justiça Eletrônico*, 03 abr. 2009.

⁶⁷ Id., AI 281007 AgR, *Diário da Justiça*, 18 ago. 2000.

⁶⁸ Id., RE 435.256/RJ, *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 ago. 2009.

Tal entendimento também ficou assentado em outros julgados como, por exemplo, no RE 540.995, DJE de 02 maio de 2008 da relatoria do Ministro Menezes Direito, cuja ementa apresenta-se a seguir:

Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá conseqüência à garantia constitucional da motivação dos julgados.⁶⁹

A grande questão é saber o que se entende por “apropriada fundamentação”. No julgamento, o Ministro Relator asseverou a importância de julgar todas as causas de pedir da ação. Esta é conceito processual civil e significa os fundamentos do pedido, que se dividem em fatos e razões jurídicas. A parte sugere o tratamento jurídico que o juiz poderá dar à questão e utilizar como fundamento para acolher seu pedido. Entretanto, o juiz não está vinculado aos argumentos jurídicos das partes, podendo decidir a causa por outros fundamentos. O que não se permite é a não apreciação dos fatos postos a exame. O juiz separa os fatos relevantes à análise do pedido e explica a prescindibilidade dos demais, principalmente no caso de improcedência. Desta forma, se o acórdão se refere à causa de pedir enquanto fatos, é perfeitamente consentâneo com o entendimento jurisprudencial e dogmático.

A análise de todos os argumentos utilizados pelas partes, como já referido, não significa necessariamente prestação completa da jurisdição. O entendimento majoritário da Corte – STF – aponta no sentido de que basta a fundamentação suficiente para sustentar a decisão. Tanto é que o próprio Ministro Menezes Direito, em outro julgado recentíssimo de que foi relator, AI – AgR 638977, publicado no DJE em 20/08/2009, proferiu o seguinte voto:

Como já consignado na decisão agravada, não houve negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação no acórdão recorrido,

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 540.995, *Diário da Justiça Eletrônico*, 02 maio 2008. No mesmo sentido: RE 575.144, *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 fev. 2009.

uma vez que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão dos recorrentes, tendo o Tribunal de origem justificado suas razões de decidir.⁷⁰

E o Ministro Relator Menezes Direito continua interpretando o enunciado normativo expresso no art. 93, inc. IX da Constituição:

Ressalte-se que o referido artigo 93, inc. IX da Constituição Federal não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento.⁷¹

Tal fundamentação é necessária, pois é pressuposto de legitimidade da decisão judicial, como foi assentado no seguinte acórdão:

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.⁷²

Dessa forma, as razões da escolha de uma interpretação entre outras possíveis também faz parte dos fundamentos da decisão. Quanto maior transparência apresentar uma decisão, maior o índice de aceitabilidade. Isto resulta no aumento da confiança do jurisdicionado na administração da Justiça, satisfazendo, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a justiça das decisões, segundo os conceitos já definidos no primeiro capítulo.

Observe-se, nesse sentido, que um caso pode gerar diversas interpretações corretas, no aspecto formal do termo, mas, para que seja justa, há uma outra exigência: o justificador externo.

É este “justificador externo” que possibilitará o controle da decisão em uma dimensão além da eminentemente formalista. Esta transparência garantirá um critério objetivo na seleção das premissas argumentativas. Entendendo-se como

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI- AgR 638977, *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 ago. 2009.

⁷¹ Ibid.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80.892, *Diário da Justiça*, 23 nov. 2007. No mesmo sentido: HC 90.045, *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 mar. 2009.

“critério objetivo” todo aquele que não seja “pessoal”, ou seja, aquele que mudaria conforme as partes envolvidas.

O “justificador externo” é, na maioria das vezes, extrajurídico e, dessa forma, comunica-se com a esfera pública, muito mais que os critérios internos, ou eminentemente jurídicos.

Niklas Luhmann ressalta o controle das decisões judiciais exercido pela Hermenêutica:

A mais concreta e objetiva dessas formas de controle, o *controle hermenêutico* da interpretação do sentido de normas jurídicas e da persuasão de argumentos, deriva sua necessidade da circunstância de que o processo da decisão jurídica está tipicamente orientado não em função de seu resultado, mas sim em função de que seus diversos procedimentos e argumentos possam ser controlados.⁷³

Por mais que o “mundo” (pré-compreensões) do julgador participe da interpretação do evento jurídico e dos enunciados linguísticos jurídicos, este sabe que o processo hermenêutico realizado para a tomada da decisão sofrerá um controle, tanto dos critérios utilizados quanto na escolha das premissas argumentativas.

A hermenêutica exerce um duplo papel: no processo interpretativo e no controle das decisões.

Além do autocontrole exercido pelo intérprete por consciência de seus próprios preconceitos, ainda há o controle exercido pelo processo hermenêutico através da dialética.⁷⁴ É pelo diálogo entre os participantes do processo judicial, partes, juiz, membros dos tribunais, promotores e terceiros intervenientes que se reduz o voluntarismo do intérprete. Os demais processos são utilizados como parâmetro, orientação, nesse controle.

Nas palavras de Niklas Luhmann:

Processos de decisão jurídica podem controlar outros processos de decisão jurídica, processos podem ser acoplados a outros processos, sempre que sejam articulados suficientes critérios da certidão do ato decisório.⁷⁵

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v. 2. p. 88. (Biblioteca tempo universitário; 80).

⁷⁴ Ibid., p. 88.

⁷⁵ LUHMANN, op. cit., p. 87.

A coerência do sistema jurídico depende da uniformização desses critérios, tanto para garantir a segurança jurídica quanto para prestigiar o ideal de justiça.

Sobre a ideia de justiça ligada à igualdade, Luhmann propõe a reestruturação dos conceitos da seguinte forma:

[...] ideia de igualdade: não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade e na retaliação), mas na aplicação de premissas específicas da decisão [...]⁷⁶

A partir desse entendimento, o autor formula o conceito de igualdade perante a lei: “Igualdade perante a lei significa: especificação e aplicação universal de critérios para a decisão ‘sem consideração da pessoa’.”⁷⁷

E conceitua justiça: “A justiça torna-se agora a implementação uniforme do direito [...]”⁷⁸

A uniformidade ou “harmonia jurídica” torna-se condição para o alcance da “justiça” pensada abstratamente. O controle de consistência exercido por intermédio dos métodos e princípios hermenêuticos também incidirá na escolha destes que, ressalte-se, precisa ser exposta na decisão sob pena de impossibilitar a revisão.

Nessa linha, Karl Larenz, explicando a Teoria do Direito Justo de Stammler, aponta que a atividade do juiz na busca de uma “justeza fundamental” exige que a escolha das “proposições jurídicas possíveis” seja orientada para a ideia de “harmonia jurídica”.

Observe-se que tal “harmonia jurídica” é inviável diante de decisões diferentes em casos semelhantes. É preciso sempre buscar uma uniformização sem cristalização de entendimento, mesmo porque o Direito é dinâmico, assim como a própria estrutura social da qual é instrumento.

É necessário considerar, no momento da escolha da interpretação mais “adequada”, a ideia de “harmonia jurídica”, vital para a legitimidade do próprio Direito. A uniformidade de implementação das normas gera aceitabilidade e confiança das decisões pela esfera pública e aproxima o conteúdo decisório das expectativas normativas. Até então, pois, é possível concluir que a uniformidade das

⁷⁶ Ibid., p. 86.

⁷⁷ Ibid., p. 86.

⁷⁸ Ibid., p. 86.

decisões satisfaz imperativos de segurança jurídica e justiça, no sentido atribuído nesse trabalho⁷⁹.

A denominada por Niklas Luhmann de “implementação” é a aplicação dos enunciados normativos. A interpretação é a atividade que torna possível a aplicação das normas, cujo desenvolvimento depende da própria aplicação.

Assim, para aferir a justiça da decisão e saber se esta satisfaz, ainda, o valor segurança, é necessário, antes de observar suas premissas e resultado, identificar o caminho que percorreu. Isto significa que o método empreendido, a atividade hermenêutica, que pode também consistir na combinação de métodos, é fundamental para investigar o posicionamento do julgador.

O método, ou conjunto de métodos combinados, já é, em si, uma escolha valorativa. Se o juiz tende a ser mais rígido quanto à literalidade do texto, provavelmente tem o objetivo de atribuir maior eficácia ao princípio da segurança jurídica. Se o julgador, por outro lado, leva em consideração variáveis trazidas pelo caso e outras considerações que vão além do texto, atribuirá maior sentido ao valor justiça, como adequação da ordem jurídica ao caso concreto.

Estudar os métodos de interpretação constitucional é tarefa imprescindível para aferir a posição adotada pelo julgador. Ernst-Wolfgang Böckenförde arrola alguns dos métodos de interpretação constitucional de maior enfoque no constitucionalismo contemporâneo estudados criticamente por Inocêncio Mártires Coelho. Dentre estes, serão estudados: método jurídico ou hermenêutico-clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador e normativo-estruturante.

⁷⁹ Lembrando o conceito de decisão justa no presente estudo consistente no seguinte corte epistemológico realizado no primeiro capítulo: “Para uma decisão ser justa é preciso, portanto, que seja consistente, isenta de contradição em relação aos argumentos utilizados; seja capaz de convencer as partes, embora possa contrariar seus interesses individuais; seja, ainda, confiável perante a esfera pública, ou seja, contenha argumentações extrajurídicas destinadas a explicitar as razões pelas quais foi escolhido aquele posicionamento jurídico ao invés de outros caminhos que poderiam ter sido escolhidos pelo intérprete.” [ver primeiro capítulo]

2.1 Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Por este método, a constituição é uma lei e, por isso, deve ser interpretada pelos mesmos métodos de interpretação da legislação infraconstitucional.

Tais métodos foram desenvolvidos por Friedrich Karl Von Savigny em suas aulas no início do século XIX e influenciaram aquele período, encontrando, ainda hoje, forte ressonância na aplicação normativa cotidiana.

Savigny preocupou-se com a fidelidade do julgador ao sentido literal do texto e elaborou atividades a serem exercitadas no momento da interpretação para a aplicação das normas. São elas: gramatical, lógica, sistemática e histórica.

Segundo esse autor: “Uma vez que a lei foi estabelecida para excluir toda arbitrariedade, a única ação e a única tarefa do juiz é uma interpretação puramente lógica.”⁸⁰, sendo a lógica uma atividade diretamente ligada à interpretação semântico-sintática, ou seja, gramatical.

A preocupação do autor não era descabida. O medo do arbítrio justificava-se pelo período em que foi elaborado o método clássico. É preciso ter em mente as conquistas do século XVIII, precisamente as da Revolução Francesa, em 1789, e toda ideologia envolvida, principalmente a queda da monarquia, a separação dos poderes e a luta pelos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. A desconfiança nos juízes do rei ainda permanecia, mesmo que as pessoas nomeadas pelo rei como integrantes do Judiciário saíssem; a questão era que a desconfiança já estava arraigada no senso comum, ou no costume popular. Observe-se, ainda, que os hábitos de julgamento antigos ainda permaneceriam, pois não é possível estabelecer uma ruptura de método abruptamente. A falta de confiança não vinha apenas das pessoas em si, mas também da maneira como eram julgados os casos.

A separação dos poderes constituiu, e ainda constitui, a ideologia de maior força sobre a estrutura do Estado contemporâneo. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam ter funções bem discriminadas, a fim de não se usurparem reciprocamente suas competências. Mais: o indivíduo tinha a segurança de previamente saber de qual Poder poderia vir um ato de privação de seus direitos. Para a sociedade civil, naquele momento histórico, era imprescindível assegurar-se

⁸⁰ SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 4.

que ao Legislador caberia fazer leis e ao Judiciário, aplicar-lhes simplesmente, enquanto ao Executivo apenas caberia a simples execução dos comandos.

O princípio da separação de poderes era mais que um ideal, era a garantia do povo contra a arbitrariedade do Estado, antes representado pela figura do rei. A lei constitui a proteção dos indivíduos contra atos de força dos Poderes Executivo e Judiciário.

A desconfiança no Poder Judiciário também lidera os motivos de se pregar uma interpretação tão literal. O povo havia conquistado essa segurança por lutas sangrentas e a alto custo, incluindo o risco da quebra do próprio Estado.

Daí compreende-se a doutrina da hermenêutica clássica. A segurança do povo alicerçava-se na lei. É oportuno lembrar que a confiança – mais ainda, a esperança – da sociedade civil encontrava-se voltada para o parlamento.

A codificação também foi uma conquista. O Código Napoleônico de 1804 representava mais que um simples conglomerado de normas, constituía-se na materialização de garantias, sendo a maior a da segurança. É bem verdade que os direitos assegurados pelo Código de Napoleão estavam mais ligados à proteção dos bens, propriedade, do que das pessoas. Mesmo assim, ainda consistia avanço, mormente porque era a esperança de não privação dos bens por ato de arbítrio e força vindo do Estado ou de outros indivíduos. A propriedade estava protegida no Código.

Tal era a desconfiança da sociedade civil nos juízes, que o Código de Napoleão, em seu art. 4º dispunha: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”⁸¹

Somente no caso em que a lei não fosse clara, ao juiz caberia a equidade. A intenção era que o Código pudesse abarcar todos os casos possíveis e que aos juízes fosse negada a interpretação.

A segurança jurídica, como se vê, também é um princípio ideológico forte regente do pensamento da “*école de l'égèse*”. Sobre isto leciona Norberto Bobbio:

⁸¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.⁸²

Segundo a escola exegética, consoante dispunha o art. 4º do Código Napoleônico, o juiz deveria buscar na lei a solução para qualquer controvérsia. Na realidade a leitura do artigo autoriza o uso da equidade “na falta de leis precisas”. Com pensamento semelhante ao da escola exegética, a doutrina de Savigny propunha uma confiança na lei e no legislador, e a certeza da sua aplicação, que se daria apenas diante de uma interpretação presa à literalidade do texto. Tal era o posicionamento de Savigny que este chegou a expor: “[...] a interpretação deve trabalhar com a certeza.”⁸³

Retomando os métodos elaborados por Savigny, tem-se que a interpretação gramatical e a lógica correspondem a uma atividade vinculada. Não é possível desenvolvê-las separadamente. Já o denominado método sistemático corresponde à estruturação do ordenamento jurídico realizado pelo julgador no momento da aplicação. O conjunto de normas a que se denomina ordenamento é, na verdade, um todo desordenado e que deve ser organizado pelo intérprete no momento da aplicação-concretização.

Assim, uma norma não está solta no ordenamento, isolada. Quando o fato se apresenta, surge para o intérprete um conjunto de normas a ele correspondentes. Com efeito, a interpretação deve ser sistemática, ou seja, a aplicação de uma norma deve considerar a existência de outras normas aplicadas, ou aplicáveis, ao caso.

Sobre a interpretação histórica, leciona Savigny:

[...] uma parte histórica. A lei é dada num momento determinado, para um povo determinado. Então, é preciso conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei. Só é possível a apresentação da lei através da apresentação do momento em que existe a lei.⁸⁴

A interpretação histórica nesse sentido tem o objetivo de extrair a razão da lei pelo estudo do momento histórico em que foi elaborada. Daí extrai-se que o julgador realizaria um exame além do sentido literal. Assim como na interpretação

⁸² BOBBIO, op. cit., p. 74.

⁸³ SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 12.

⁸⁴ Ibid., p. 10.

sistemática, o exercício da atividade interpretativa histórica representa um afastamento da hermenêutica estritamente gramatical e lógica.

A Constituição tem a peculiaridade de trazer em si normas abstratas de conceitos vagos e “indeterminados”, cujo conteúdo somente é preenchido na solução dos casos concretos.

Observando os casos postos a julgamento em matéria constitucional é difícil citar aplicação de enunciados que demande unicamente interpretação literal. Tal situação ocorre porque a Constituição deve ser interpretada como um todo e não apenas o enunciado isoladamente (princípios da unidade, da harmonização e da eficácia integradora).⁸⁵ A hermenêutica constitucional é, em si, regida por uma série de princípios que merecem observação quando do processo de aplicação-concretização que praticamente inviabilizam a interpretação unicamente semântico-sintática. Vejam-se, por exemplo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que são conceitos jurídicos carentes de determinação apriorística.

Apesar disto, não se excluem do processo interpretativo constitucional as atividades desenvolvidas por Savigny. Como se poderia cogitar a interpretação de um texto sem iniciar-se pelo sentido literal? A interpretação de qualquer texto parte do sentido linguístico identificado pelo intérprete. O enunciado linguístico revela-se ao intérprete primeiramente pelo sentido corrente ou uso linguístico geral.⁸⁶

Infere-se que é impossível excluir a interpretação gramatical e a lógica, – literal – de qualquer atividade hermenêutica. Do mesmo modo, não é possível olvidar a interpretação sistemática da interpretação constitucional, tendo em vista os princípios da unicidade, da harmonização e da eficácia integradora, na realidade são consectários da sistematização das normas constitucionais.

Após isso, resta o questionamento: a interpretação literal leva, necessariamente, a uma única resposta possível ao caso? Por imperativo de segurança jurídica, seria um caminho retornar à doutrina da escola exegética e afirmar o caráter restritivo da atividade judicial. Esta escola ainda encontra forte ressonância no positivismo contemporâneo.

⁸⁵ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103-114.

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 450-451.

A resposta à pergunta anterior é negativa. O mesmo enunciado linguístico gera uma gama de significados possíveis. A decisão por um destes significados é do julgador. É possível concluir que a adoção da interpretação puramente exegética reduz a diversidade de decisões proferidas em casos semelhantes, o que diminui a contingência. Entretanto, a adoção deste método não assegura que dois ou mais julgadores tomarão a mesma decisão sobre um único caso, mesmo se considerarem apenas o sentido literal do texto.

Tanto é verdade que a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal preceitua: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”⁸⁷

Daí infere-se a possibilidade de decisões contraditórias, mesmo se estas surgirem de interpretação baseada no sentido literal do texto. Savigny já apontava a necessidade de realizar a atividade “crítica” quando o mesmo texto possibilitava leituras distintas. Entretanto, advertia que o uso da crítica gerava certa insegurança, mas a retomada da certeza vinha do fato de o sistema se apresentar como um todo “orgânico”.⁸⁸

Note-se que tal súmula não é aplicável em matéria constitucional, mesmo diante da necessidade de estabilização da decisão rescindenda, por respeito à força normativa da Constituição, conforme razões expostas nos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 328812 do Supremo Tribunal Federal – STF.⁸⁹ Decidiu-se que é inaplicável a súmula 343 quando a decisão rescindenda contiver interpretação que constitua violação literal a dispositivo constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, considera que a Constituição é fundamento de todo o ordenamento jurídico, a instabilidade gerada por decisões contraditórias em matéria constitucional é maior que a advinda da revisão da decisão rescindenda; considerou, porém, que quanto à legislação infraconstitucional, merece prevalência o princípio da segurança jurídica. Contudo, frisou que permitir

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=343.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

⁸⁸ SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Rideel, 2006. p.11-12.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328.812-ED/AM, *Diário da Justiça Eletrônico*, 02 maio 2008.

decisões contraditórias em questão constitucional comprometeria a orientação de todo o sistema e a força normativa da constituição.⁹⁰

Afirmar a aplicação de tal súmula na interpretação infraconstitucional é considerar que o sistema admite mais de uma solução para o caso, mesmo com a interpretação eminentemente literal dos enunciados linguísticos jurídicos.

Parêntese a parte, acerca da utilização do método jurídico na hermenêutica constitucional, ensina Inocêncio Mártires Coelho:

Desconsiderado o caráter legal da Constituição e rejeitados, na sua interpretação, os métodos tradicionais desenvolvidos por Savigny – os únicos ao ver de Forsthoff, que lhe preservam o conteúdo normativo e impedem a sua dissolução em considerações valorativas – ao ver dos seguidores desse método a Lei Fundamental estaria sujeita a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, o que, tudo somado, lhe ofenderia o texto, que não contempla esse tipo de alteração; comprometeria sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas; e, afinal, acabaria transformando o Estado de Direito num Estado de Justiça, onde o juiz, em vez de servo, faz-se “o senhor da Constituição.”⁹¹

A propósito, Forsthoff adverte:

Como Ley, la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que se han trazado a la interpretación de la Ley por su objeto.⁹²

Diante disto, torna-se evidente que a tentativa de pugnar pela aplicação do método hermenêutico clássico na interpretação constitucional visa à restrição da produção judicial do Direito Constitucional, que se justifica na “finalidade estabilizadora” da Constituição que, como norma de orientação a todo o ordenamento jurídico, não poderia ficar à mercê das preferências subjetivas do intérprete, sob pena de esvaziamento do conteúdo constitucional. Ademais, o uso do

⁹⁰ Voto do Min. Gilmar Mendes, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328.812-ED/AM, *Diário da Justiça Eletrônico*, 02 maio 2008.

⁹¹ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 93.

⁹² Tradução nossa: Como lei, a Constituição está subordinada as regras de interpretação válidas para as leis. Co isto a Constituição se faz patente em seu sentido e é controlável em sua execução. Sua estabilidade se obtém dos limites que se hajam traçado à interpretação da lei por seu objeto. Apud. BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 15.

método clássico também facilita o exercício do controle de consistência das decisões.

O “conteúdo normativo” também é preservado quando se leva em consideração na concretização a intenção do constituinte originário em uma ótica referida à história. Savigny, ao mesmo tempo que propôs o método histórico, asseverava que o intérprete deveria se colocar no lugar do legislador a fim de reproduzir artificialmente seu pensamento e extrair, deste modo, a sua intenção. Em suas próprias palavras: “O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim, reproduzir artificialmente seu pensamento.”⁹³

Nessa linha de raciocínio, surgiram nos Estados Unidos as correntes subjetivista; originalistas; objetivista e não originalistas. Segundo as duas primeiras, o papel do intérprete na aplicação da Constituição é buscar a vontade do legislador histórico, ou seja, do constituinte. Em oposição a esta corrente, os objetivistas, juntamente com os não originalistas, acreditam na existência de uma “vontade autônoma da lei”. Assim, o intérprete investigaria a vontade do legislador como um dos fatores a serem considerados na interpretação, mas se guiaria pela finalidade da lei extraída de seu conteúdo objetivamente.⁹⁴

Essas correntes expressam, na realidade, a mesma discussão ideológica já comentada. As discussões orbitam em torno do papel criador do intérprete. Os originalistas defendem, portanto, a restrição à discricionariedade judicial na concretização da Constituição, afirmando a importância da vontade do constituinte, a qual considera representante da democracia popular.

Disto decorre a dissonância acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Os adeptos das correntes originalista e subjetivista aludem o caráter antidemocrático do ativismo judicial, porque este desrespeita a vontade popular expressa na lei. Questionam o controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos pelo Poder Judiciário a que denominam dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*). Suscitam, ainda, que a legitimidade da Jurisdição Constitucional só se dá dentro dos limites expressos pelo texto constitucional.⁹⁵

⁹³ SAVIGNY, op. cit., p. 9.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112-115.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 114-115.

Em resumo, os originalistas e subjetivistas apregoam a necessidade de redução máxima da criação judicial do Direito Constitucional; já os defensores do objetivismo e os não originalistas defendem uma interpretação criativa da Constituição, vista como objeto autônomo desvincilhado da figura do legislador. Afirmam a construção judicial como integrante da própria Constituição.

Savigny lecionava que o intérprete deveria buscar a vontade do legislador, mas apenas enquanto “expressa na lei”. Anote-se: “Fala-se, geralmente que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas isso é meia verdade, porque depende da intenção do legislador desde que apareça na lei.”⁹⁶

Os métodos clássicos desenvolvidos por Savigny expressam a ideologia da época justificada pelo sofrimento anterior, pelo arbítrio da monarquia e dos Poderes a ela obedientes. Portanto, hoje falar da utilização do método clássico em matéria constitucional pode parecer ultrapassado. Entretanto, todas as atividades hermenêuticas desenvolvidas por Savigny são de grande utilidade para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional ou infraconstitucional. Observe-se a tendência contemporânea de interpretar todo o ordenamento jurídico sempre conforme a Constituição.

Nota-se, contudo, a insuficiência de tais atividades frente ao surgimento dos métodos da denominada “Nova Hermenêutica”.

2.2 Método tópico-problemático

Propõe o método tópico-problemático a resolução dos casos concretos a partir da problematização da questão jurídica posta, sob uma ótica pragmática. Theodor Viehweg, em 1953, sugeriu a tópica para a solução de problemas jurídicos nos quais a utilização do método clássico apresentava-se insuficiente. Segundo ele: “O aspecto mais importante da análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o *problema*.”⁹⁷ Resume: “[...] é a técnica do pensar problemáticamente.”⁹⁸

⁹⁶ SAVIGNY, op. cit., p. 10.

⁹⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1973. p. 33.

⁹⁸ Ibid., p. 34.

Viehweg propôs a tópica para tratamento das questões jurídicas nas quais a hermenêutica clássica e a solução pelo sistema trilhada por caminhos lógico-dedutivos mostravam-se insuficientes. Frente às “aporias”⁹⁹ jurídicas, o método tópico oferece orientação necessária a partir do caso concreto.

Consiste em primeiro reconhecer o problema; após, segue-se ao tratamento da questão oferecendo soluções possíveis sob os diversos ângulos de visão, tópicos; em seguida, organizam-se os tópicos – “topoi” – em catálogos segundo sua idoneidade para a resolução do caso; passa-se à discussão dos prós e dos contras de cada tópico e à ponderação, sempre à luz do caso concreto. Por fim, decide-se pela solução mais adequada para o problema.¹⁰⁰

Tal metodologia é especialmente útil como técnica de ponderação de princípios em conflito diante do caso a decidir. O raciocínio tópico é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal mormente para decidir “casos difíceis”.¹⁰¹ Segundo Gilmar Mendes: “[...] o Supremo Tribunal Federal define tópicos (‘topoi’) que hão de balizar o complexo de ponderação [...]”¹⁰²

O autor cita alguns casos em que foi utilizada a tópica para a ponderação de valores em conflito.¹⁰³ O primeiro caso tratava-se da regulamentação de preços pelo Estado das mensalidades escolares. Nas palavras do autor Gilmar Mendes como doutrinador:

Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras de preço de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com o objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os da defesa do consumidor e da redução da desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, “pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de lucros.”¹⁰⁴

Observe-se que os tópicos foram discutidos a partir do problema, caso concreto. Os “topoi” aqui são os próprios princípios em conflito e o seguinte argumento: “abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de

⁹⁹ VIEHWEG, op. cit., p. 33.

¹⁰⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 201-215.

¹⁰¹ Denominação atribuída por Ronald Dworkin.

¹⁰² COELHO; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 345.

¹⁰³ Ibid., p. 336-346.

¹⁰⁴ Ibid., p. 337.

lucros.” Este argumento não se detrai do sistema jurídico e sim do econômico, ou mesmo o político.

No caso da proibição da “farrá do boi”, apontado por Gilmar Mendes, discutiu-se a necessidade de proteger o exercício das manifestações culturais frente à proteção do meio ambiente no concernente à proibição constitucional de submissão dos animais a crueldade, prevista no art. 225, inciso VII da Constituição Federal. Prevaleceu o entendimento de que aquela prática transbordava os limites da manifestação cultural e, portanto, merecia proibição.¹⁰⁵

No voto, o Ministro Relator Marco Aurélio ponderou que se tratava, na realidade, de uma prática cruel e não de uma manifestação cultural. Assim expôs:

Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre de circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal.¹⁰⁶

Este tópico também pode-se dizer extrajurídico, tendo em vista que a consideração ou não desta prática como manifestação cultural decorre de princípios morais. Claro que há o fundamento jurídico encontrado no art. 225, inc. VII da Constituição, mas o “topoi” que levou à sua aplicação tem fundo moral.

A propósito, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.289, o Ministro Relator Gilmar Mendes revelou a influência do pensamento tópico na atividade jurídica, inclusive na produção legislativa, expondo em seu voto o seguinte:

[...] a atividade jurídica, enquanto realização do Direito Histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao pensamento sistemático. Isto porque a produção legislativa não está comprometida com a perspectiva essencialista do Direito, ou seja, não se parte de uma pauta prévia de soluções jurídicas para todos os problemas do mundo. Ao contrário, o Direito, produto histórico que é, traduz-se mais como um conjunto de respostas contingentes às questões que se colocam para a sociedade em cada momento.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153531, *Diário da Justiça*, 13 mar. 1998.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.289, *Diário da Justiça*, 24 fev. 2006.

Observe-se que, mesmo para o tratamento de questões técnicas, como as jurídicas, podem ser oferecidos tópicos extrajurídicos¹⁰⁸. O problema é resolvido também por soluções estranhas ao sistema. Dessa forma, se o sistema não oferece resposta ao problema, nem mesmo um caminho, no dizer de Viehweg, a procura deve ser feita além das barreiras do sistema jurídico.

Note-se que a barreira do sistema jurídico não é fechada como um muro. Como ciência do espírito, os valores são trazidos (*input*)¹⁰⁹ e retirados (*output*)¹¹⁰ do sistema em uma interação entre os diversos sistemas: jurídico, social, político e econômico. No momento da análise dos tópicos torna-se necessário realizar o controle do que entra no sistema. A mesma seleção, senão mais rigorosa, do que aquela realizada pelo legislador ou mesmo pela dogmática jurídica. Esta, por si só, já tem a função de selecionar os “conceitos socialmente adequados”. Dessa forma, impende buscar primeiro à abertura concedida pelo sistema, para que possa, se este não oferecer resposta, ou se ela for insuficiente, procurar uma interação necessária em outros sistemas.

Os princípios constitucionais já são uma porta do sistema jurídico. Os valores constitucionais não apresentam conteúdo determinado “in abstracto”. O conteúdo de cada princípio é preenchido em cada caso concreto. Daí a facilidade de operar com a tópica em matéria constitucional. A interação dos sistemas na interpretação constitucional é viabilizada também pelo caráter político da Carta. Raciocinar topicamente normas constitucionais é tarefa praticamente instintiva que se intensifica diante de um conflito de interesses.

O pensamento tópico é fundamental para a ponderação de interesses em conflito nos casos a julgar. O método proporciona a formulação dos juízos de prognose acerca dos efeitos da decisão em cada sistema. Em matéria constitucional não é possível fugir da avaliação de impacto político e econômico da decisão. A correção jurídica é obrigatoriamente examinada, mesmo porque olvidar tal aspecto é renunciar a pretensão de legitimidade ínsita ao Direito. Entretanto, negar

¹⁰⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 201.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983. p. 95-113.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 95-113.

ponderações extrajurídicas em decisões constitucionais é fechar os olhos à natureza jurídico-política das constituições.

Além disso, diferente do modelo de vinculação à lei, subsuntivo, no qual se buscava no sistema a única resposta ao caso, o método tópico considera o núcleo da interpretação o problema, ou seja, parte do caso. Com efeito, diversas soluções são oferecidas pelos tópicos e abre-se o processo de interpretação ao debate. As ideias e pontos de vista são discutidos pelos participantes, razão pela qual esse método aproxima-se do princípio democrático.

Observe-se que nem todos os “topoi” são levados ao discurso, mas apenas os considerados adequados, aqueles que constituem o “catálogo de tópicos”¹¹¹. Ademais, para Larenz, os tópicos possuem peso distinto.¹¹²

Note-se que há vantagens e desvantagens na utilização de tal método. O primeiro bônus é o oferecimento de possíveis soluções para casos em que a hermenêutica tradicional foi insuficiente. O segundo é tornar o processo interpretativo mais democrático. O terceiro é a proximidade da pretensão de justiça, tendo em vista que essa metodologia considera o caso concreto e põe a exame diversas soluções a serem ponderadas, buscando-se maior adequação entre a resposta e o problema. Por fim, oferece maior transparência quanto aos valores que entram no sistema, pois estes vêm por meio dos tópicos e são postos à prova pelo debate.

No entanto, alguns contratempos podem ser verificados na aplicação desse método. A abertura ilimitada a ideias dificulta o controle do que entra no sistema. Assim, qualquer solução, mesmo que não guarde relação com o ordenamento, é, em tese, possível. Em uma sociedade plúrima, a diversidade valorativa adiciona outro complicador, a questão do “peso” dos tópicos para o caso. Diante, ainda, de uma quantidade significativa de tópicos é preciso catalogá-los de modo a viabilizar o debate. Daí conclui-se que a seleção dos tópicos mais adequados é uma escolha valorativa e arbitrária, segundo Karl Larenz. Mais, o peso dos tópicos é atribuído pelos participantes na medida da identidade entre os “topoi” e os valores de cada debatedor. Finalmente, a escolha por uma solução, qual seja, o melhor argumento a prevalecer, é uma escolha de valor somada à persuasão linguística do argumento.

¹¹¹ LUHMANN, op. cit., p. 203.

¹¹² Ibid., p. 204.

A decisão final, escolha do “topoi”, ou da combinação entre as sugestões de solução, é ato de autoridade do juiz ou do Tribunal. Isto não significa autoritarismo. A diferença reside na apreciação dos argumentos relevantes e na fundamentação composta de cadeias de argumentação dirigidas ao convencimento da comunidade jurídica e da esfera pública.

Vale lembrar que cada problema demanda uma solução. Diante de cada caso concreto pode-se adotar uma decisão diversa, mesmo frente a causas semelhantes. Isto porque, por maior que seja a coincidência entre elas, é possível encontrar particularidades que dariam ensejo a uma argumentação voltada à alteração do entendimento, excepcionando aquilo que já fora decidido. O peso do tópico, ou do argumento, muda conforme o caso concreto. Não é possível formular juízos *a priori* de hierarquização de valores. Resumindo, não é viável a generalização congruente¹¹³ de valores de forma a considerar a superioridade de alguns abstratamente. Disso decorre a incerteza acerca de qual princípio prevalecerá no caso específico.

Ademais, o método tópico permite uma abertura do processo interpretativo de maneira que torna possível a escolha de uma solução alheia às limitações do sistema, quais sejam, a vinculação à lei, à dogmática e aos precedentes.

Portanto, fragiliza a segurança jurídica enquanto previsibilidade das decisões judiciais e seus efeitos. Se por um lado prestigia o princípio democrático e a justiça do provimento jurisdicional, por outro torna ainda mais instável aquilo que já padece de incertezas, o processo de interpretação-aplicação dos enunciados normativos aos casos concretos.

Esse quadro de incerteza fortalece as críticas da escola do realismo legal, para quem os “topoi” nada mais são do que representações das ideologias e preconceitos. Portanto, não seria possível uma distinção clara entre direito e política. Este seria apenas um instrumento de controle comportamental voltado a interesses utilitaristas de bem estar econômico.¹¹⁴

A propósito, Habermas expõe a crítica das escolas realistas:

¹¹³ Em sentido luhmanniano.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 248-249. (Biblioteca tempo universitário; 10).

Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de “racionalizar” decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito.¹¹⁵

É certo que as limitações do sistema e o oferecimento de critérios de interpretação atribuem segurança à função jurisdicional. Entretanto, cabe aferir se a utilização desses critérios e o respeito aos limites conduz inevitavelmente à segurança jurídica e satisfaz à aspiração de justiça.

Sobre isto, leciona Karl Larenz, lembrando a Teoria da Argumentação de Robert Alexy:

[...] os chamados cânones, ou seja, modalidades de interpretação, não constituem, na verdade, garantia de que o único resultado correto seja alcançado com uma segurança razoavelmente grande, mas que são no entanto mais do que meros instrumentos de uma legitimação em segunda via de uma decisão achada e fundamentada de um outro modo.¹¹⁶

O próprio ordenamento jurídico é desorganizado. Trata-se de um conjunto de normas “jogadas” em um sistema virtual, no sentido de que existe como uma ideia de ordenação, completude e racionalidade. Na realidade, com a complexidade das relações sociais, o instrumento ordenador, o Direito, tornou-se tão complexo que é difícil, mesmo para a comunidade jurídica, conhecê-lo.

Sobre esse fato, alerta Niklas Luhmann: “[...] o direito tornou-se tão complexo a ponto de o indivíduo não mais poder conhecê-lo.”¹¹⁷

Assevera, portanto, que a própria positivação eleva os riscos na medida em que aumenta a complexidade e diminui o conhecimento do Direito.¹¹⁸ Ademais, note-se que, quanto maior o número de enunciados normativos, maior a possibilidade de conflito de normas e, conseqüentemente, maior a incerteza em relação a qual norma aplicar no caso.

As antinomias reais são uma realidade no dia a dia do Direito. Nem o dogma da completude do ordenamento jurídico, nem a ficção de não contradição do sistema, nem mesmo o mito do Legislador racional são capazes de negar sua

¹¹⁵ Ibid., p. 266.

¹¹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 214.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v. 2. p. 55. (Biblioteca tempo universitário; 80).

¹¹⁸ Ibid., p. 52-60.

existência. Os critérios clássicos de resolução de conflitos, cronológico, hierárquico e da especialidade, já não respondem aos problemas de conflito real.

Diante da inegável existência de conflito real entre as normas, esclarece Inocêncio Mártires Coelho:

Afinal de contas, parece *intuitivo* que aquelas regras¹¹⁹, precedendo a promulgação das normas jurídicas, previnam ou evitem o surgimento de contradição entre elas, as quais, precisamente por isso, podem ser descartadas como simplesmente *aparentes*. Essa conclusão, no entanto, seria correta apenas se, contra toda evidência, existisse de fato o legislador racional e se os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho, fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos reais [...]¹²⁰

Assim, na hipótese de surgimento de determinado caso, cuja resposta não seja visualizada de imediato no sistema, formado pelo ordenamento jurídico (entendido como legislação), pela dogmática e pelos precedentes, a fixação de critérios e limites resultaria em negativa de jurisdição. A solução trazida pelos tópicos estranhos ao sistema vem em auxílio quando esse não oferece resposta adequada.

Parece estranho que todo o suporte do sistema – lei, dogmática e precedentes – não seja capaz de oferecer resposta justa. Ocorre que em matéria constitucional é necessário, muitas vezes, exercer um juízo de ponderação entre princípios a fim de escolher o mais adequado ao caso. O positivismo não é flexível a ponto de permitir a combinação entre princípios para criação da norma aplicável.

A par disso observa Habermas:

[...] o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, porque entende o direito como sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de “tudo ou nada” por parte do juiz.¹²¹

E continua reconhecendo que a aplicação dos princípios sana o problema de não solucionabilidade de conflitos:

¹¹⁹ Critérios clássicos de solução de conflitos, quais sejam, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

¹²⁰ COELHO; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 25.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259. (Biblioteca tempo universitário; 10).

Entretanto, quando se admite princípios – e se os reconhece como componentes normais do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não solucionabilidade de conflitos de regras.¹²²

Por outro lado, a tópica oferece temas demasiado gerais para o debate e ignora a importância da lei, da dogmática e dos precedentes. Sobre as dificuldades na aplicação do método tópico, preceitua Robert Alexy: “É excessivamente geral porque não diferencia suficientemente as premissas que são utilizadas nas fundamentações jurídicas.”¹²³

Ocorre que os pontos de vista, “topoi”, não se restringem ao sistema jurídico, o que faz presumir que este não interessa para a tópica. Tão menos existe hierarquia entre um tópico jurídico e outro extrajurídico. Disto resulta a absoluta incerteza de qual tópico prevalecerá na discussão.

Diante desse aspecto, aponta Robert Alexy: “A regra aqui vigente de considerar todos os pontos de vista não diz nada sobre qual deve prevalecer e nem sequer determina quais são os pontos de vista que deve ser considerados.”¹²⁴ (sic)

E conclui que as regras da tópica não são suficientes porque nada afirmam sobre o papel da lei, da dogmática e dos precedentes, bem como não respondem se é suficiente como fundamentação e para fins de controle apenas a discussão.

Tais considerações acerca da tópica foram realizadas em vista da semelhança entre esta e a teoria da argumentação sobre a qual discorre Alexy. Realmente, no procedimento tópico há a formulação dos “topoi” na forma de argumentação, ou seja, são sugeridas as soluções com a intenção não apenas de introduzi-las no debate, mas de que sejam aceitas.

Entretanto, Alexy ressalta a diferença entre tópica e teoria da argumentação, principalmente acentuando que “Uma teoria adequada da argumentação jurídica tem de incluir tanto uma teoria da dogmática jurídica quanto da valoração do precedente.”¹²⁵

¹²² Ibid., p. 259.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008. p. 50.

¹²⁴ Ibid., p. 52.

¹²⁵ Ibid., p. 51.

Assevera que os “catálogos de tópicos” não levam em consideração a importância da dogmática, da lei e dos precedentes. Discorda do entendimento expresso por Struck, segundo o qual a lei é um “topo” entre outros, embora mais importante.¹²⁶

Vê-se que a teoria da argumentação consoante apresentada por Alexy atribui especial relevância à lei, à dogmática e ao precedente. Mas não é apenas nisto que constitui a distinção entre tais teorias.

A tópica é método de interpretação, a argumentação é teoria voltada à fundamentação da decisão. O modo como são sugeridos os pontos de vista para a solução do problema na tópica não pode se confundir com a fundamentação da decisão, mesmo que esta utilize o argumento com o qual se pretendeu a aceitabilidade do referido “topo”. São, portanto, dois atos distintos. Embora haja possibilidade, e não raro ocorre, de se raciocinar segundo a teoria da argumentação no processo interpretativo.

Ignorar o sistema e decidir com base em solução a ele alheia, quando este evidentemente oferece resposta ao caso, sem que esta solução seja manifestamente injusta, é desrespeitar o próprio Estado de Direito. Veja-se que requer um esforço de justificação muito maior a não aplicação do sistema do que a sua aplicação. Não se pode simplesmente desconsiderar a solução oferecida pelo sistema e decidir com base em uma ideia – tópico – sem expor fundamentação clara e consistente para justificar tal escolha.

A tópica propõe uma abertura do sistema que deve ser considerada, principalmente em casos em que este se torna insuficiente e nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ficar sem resposta jurisdicional. No entanto, o fato de suas regras não atribuírem superior relevância à lei, à dogmática e ao precedente possibilita a tomada de decisão alheia ao sistema jurídico em qualquer caso. Isto gera insegurança ao mesmo tempo em que pode desacreditar o exercício da função jurisdicional.

Em resumo, a maneira pela qual será utilizado o método de interpretação definirá seu caráter contributivo para a conciliação da segurança jurídica e a justiça das decisões.

¹²⁶ Ibid., p. 50.

2.3 Método hermenêutico-concretizador

Assim como na tópica, o método concretizador está voltado ao caso concreto. Essa linha hermenêutica possibilita uma maior consideração acerca das particularidades de cada causa posta a exame. É por isto que se aproxima da aspiração de justiça.

Diz-se concretizador, porque para tal metodologia não existe interpretação sem aplicação. É na concretização da norma que o intérprete buscará seu sentido. Não há possibilidade de se atribuir um sentido à norma considerando-a “in abstracto”. Mesmo diante de um pensamento doutrinário, o enunciado normativo é analisado mediante uma aplicação mesmo que hipotética. É preciso formular um caso em representação mental, ainda que se trate apenas de uma mera hipótese. Fora isto, não é viável interpretar a norma.

Acerca do conceito de interpretação e compreensão para o método concretizador, é necessário expor o pensamento de Hans-George Gadamer: “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*.¹²⁷”

Mais: “Compreender é então um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular.”¹²⁸

Esse método tem por base os elementos trazidos pela Nova Hermenêutica. Na primeira parte deste capítulo foi referida a importância do elemento histórico para interpretação, como sugerido por Schleiermacher, e da linguagem, nos moldes propostos por Dilthey. Tais ideias somadas à pré-estrutura da compreensão de Martin Heidegger, dentro da hermenêutica ontológica, bem como a tradição e concretização de Hans-George Gadamer formam um conjunto de elementos trabalhados no método concretizador.

Heidegger trata de compreensão e interpretação no parágrafo 32 do livro *Ser e Tempo*. Segundo esse filósofo, “A interpretação sempre se funda em uma *visão prévia* [...]”¹²⁹ e, mais, “[...] a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou

¹²⁷ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 489.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 465.

¹²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. Parte I, p. 206-207.

provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada em uma concepção prévia.”¹³⁰

Nesse parágrafo o filósofo afirma que a interpretação é a elaboração das possibilidades projetadas pela compreensão. Assim, para Heidegger, quando o intérprete observa o mundo, a percepção é estruturada em seu próprio mundo (ser-no-mundo). O sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura a pré-compreensão. No processo de compreensão, o sujeito apreende o objeto para si e projeta possibilidades nas quais se encontra seu próprio ser.¹³¹

Por isso a hermenêutica formulada por Heidegger é ontológica, existencialista. A interpretação é a “fotografia” do ser do intérprete parte de seus preconceitos e é resultado destes.

A propósito, nesse dito parágrafo foi repensado o “círculo hermenêutico”. Tal ideia representa o movimento epistemológico entre o ser do intérprete e o produto da interpretação. Heidegger alerta sobre o perigo do círculo vicioso. Exemplifica com a História. Por ser conhecimento espiritual, expressa a opinião do historiador. A compreensão sobre a história reflete o ponto de vista do historiador. Essa compreensão retorna como objeto a ser conhecido e apresentar-se-á ao sujeito cognoscente plena de pré-compreensões já agregadas no primeiro conhecimento. Daí a dificuldade de as ciências do espírito passarem pela demonstração própria das ciências exatas. Aponta, ainda, o filósofo que nas ciências do espírito não pode ser exigido o rigor da demonstração fundamentada da mesma maneira que as ciências exatas enquanto o círculo hermenêutico não for abolido da compreensão. E opina que o ideal seria uma historiografia independente dos pontos de vista do historiador tal como ocorre nas ciências exatas.¹³²

O homem, observado por esse prisma, expressa-se pela compreensão que é projeção de seu ser no mundo. Voltando o tema para o Direito, Heidegger apresentou a dificuldade de estabelecer controle rigoroso na “verdade” das ciências do espírito; nelas o resultado buscado, a verdade encontrada com o estudo do problema, confunde-se com o próprio sujeito cognoscente. Se vistas as ciências do espírito, ou culturais, sob a ótica da hermenêutica ontológica, irremediável chegar-se

¹³⁰ HEIDEGGER, op. cit., p. 209-211.

¹³¹ Ibid., p. 209-211.

¹³² Ibid., p. 209-211.

à conclusão de que cada solução encontrada para determinado problema epistemológico será diferente na medida da diferença existencial entre os sujeitos cognoscentes.

Nesse diapasão, Heidegger afirma: “[...] a interpretação já se decidiu [...]” com base em uma concepção prévia. Analisando tal assertiva no concernente ao Direito, poder-se-ia admitir que as decisões judiciais são tomadas a partir de pré-compreensões e que, portanto, qualquer esforço argumentativo contrário à opinião do intérprete seria vão.

Tal conclusão reforçaria a crítica antes referida da escola realista, para quem os juízes julgam com base em preconceitos e justificam posteriormente suas decisões com princípios e teorias atribuindo-lhes aparência racional.¹³³

Ocorre que, no momento de apreciar cada fato e cada argumento, é formulado um juízo composto de preconceitos do julgador. Com isto, diante de um evento projetam-se possibilidades de sentido consoante às concepções prévias. Entretanto, essa compreensão muda frente a novos eventos e/ou novos argumentos que surgem no curso do processo. No fim têm-se o conjunto de eventos provados ou não com base em que se formará a “verdade processual”. Em vista dessa concepção de como ocorreram realmente os fatos é reelaborado o conceito, também a partir de pré-compreensões. Parte-se para a interpretação do evento como ocorrido na mente do julgador. Fornecido o caso concreto, passa-se à aplicação dos enunciados normativos levando-se em consideração as “sugestões de norma”, argumentos jurídicos, propostos pelas partes relevantes à solução da controvérsia. A interpretação de tais “sugestões de norma aplicável” também se faz a partir de uma pré-compreensão do próprio ordenamento jurídico, da dogmática e dos precedentes.

Visto isto, conclui-se que a compreensão de um processo é ato complexo por mais simples que se apresente o caso. É radicalismo afirmar que ao apreciar um caso o julgador decide primeiro, examina depois e fundamenta com base na decisão tomada de início utilizando para “racionalizar” fatos processuais e princípios, como dizem os realistas. Isto não é crível. A possibilidade de tal decisão ser incoerente é altíssima. Caso haja uma decisão anterior, sem o exame dos autos, esta pode ser

¹³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 266. (Biblioteca tempo universitário; 10).

absolutamente estranha ao processo. A inconsistência seria evidente. Esta sequer merece estudo, pois não há pretensão de legitimidade; sequer existe a probabilidade de aceitação racional.

Como é possível formar um juízo prévio sobre aquilo que sequer foi visto? Sobre um fato que, para o intérprete, ainda não existe? Mesmo em ações em que a lei estabelece presunção em favor de um litigante, como o caso de execuções, a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade inerentes aos títulos executivos, há possibilidade, não rara, de se demonstrar um pagamento mediante apresentação de quitação. Como é possível, com a leitura da capa dos autos, imaginar o que existe no processo? Como saber deste fato extintivo de toda a presunção legal sem o exame dos fatos e documentos encontrados nos autos?

Se por um lado não é possível desvencilhar da atividade hermenêutica o ser do intérprete, de outro não há porque concluir que o produto da interpretação expressará apenas os preconceitos do hermeneuta. É um ideal conceber a interpretação com base em critérios puramente objetivos e expungir o julgamento da influência dos valores do julgador. Apesar de a interpretação partir de pré-compreensão, esta não é determinante para o resultado, é apenas condicionante. Se os conceitos prévios fossem determinantes, o conhecimento das ciências do espírito seria realmente o que Heidegger denominou “*circulus vitiosus*”. Não haveria qualquer avanço no conhecimento, qualquer desenvolvimento. Toda a experiência adquirida com o tempo somente se integraria ao antes pensado e não seriam possíveis a abertura de pensamento, a integração de novas ideias ou de novas concepções sobre o mesmo objeto.

O círculo hermenêutico, na visão de Gadamer, além de incluir o ir e vir entre pré-compreensão e compreensão, revela-se no movimento da compreensão que vai do todo para a parte e da parte para o todo.¹³⁴ O controle de consistência sobre o resultado da interpretação se dá pela verificação de coerência entre o todo e as partes.¹³⁵

Para Gadamer, o objetivo desse movimento entre as partes e o todo “[...] é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos.”¹³⁶ Daí a

¹³⁴ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 436.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 436.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 436.

possibilidade de acréscimo de conhecimento através de atividade hermenêutica no âmbito das ciências do espírito. Todo repensar sobre determinado texto, ou obra, significa um novo sentido agregado ao acúmulo dos sentidos existentes. Assim, a cada nova interpretação sobre o mesmo objeto, o conhecimento acerca deste se expande e assim o processo cognoscivo se desenvolve infinitamente.

Explicando o método da compreensão, revela Inocêncio Mártires Coelho:

[...] – esse ir e vir compreensivo atravessa séculos e gerações, vai progressivamente enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, abordagens que nem mesmo o fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e absorção de significados (*Aufgehoben*).¹³⁷

E resume:

Noutros termos, não uma estéril e circular repetição do que já foi dito, mas um dialético levar a diante – preservado, transformado e, por essa forma, enriquecido –, um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras, como é próprio das coisas do espírito.¹³⁸

Transportando tal entendimento para o Direito, é possível identificar essa forma de estudo do objeto, a compreensão, em todos os âmbitos. O sistema jurídico, por exemplo, deve ser compreendido como um todo, mas também como um conjunto de partes, assim como o estudo de uma norma (uma parte) deve ser realizado em consonância com o todo. Disso extrai-se a ideia de interpretação sistemática. Não é concebível o estudo do enunciado normativo como um objeto isolado, mas apenas revela seu sentido na compreensão do todo e em sua relação com o todo.

Aliás, esse também é o pensamento do qual surgiu o dogma da completude do ordenamento jurídico. Se apresentado um caso que aparentemente não esteja previsto em uma norma, a construção da solução derivará da inter-relação entre essas normas, ou seja, do sistema. Este, por sua vez, seria capaz de se

¹³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 48.

autoconstruir buscando respostas em si, nas relações entre suas partes, o que representa a autopoiese¹³⁹ do sistema jurídico.

No âmbito processual, é possível observar no fenômeno da compreensão do processo esse movimento (círculo hermenêutico). A petição inicial é uma parte do processo, mas, por outro lado, através dessa unidade é possível visualizar o todo, pois tal peça traz em si, além dos fatos e os pedidos, uma sugestão de fundamentação jurídica. Por essa parte pode-se visualizar o todo. Tanto é que com base unicamente na inicial e nas provas anexas pode-se antecipar o julgamento, ainda que provisoriamente. Seguindo, a contestação é outra parte, que tanto provoca retorno à inicial e a reflexão da interpretação primeira, quanto amplia a visão do todo, que já não é o mesmo, está agora ampliado. Na compreensão processual, os fatos são contrapostos a outros fatos, partes interagem com outras partes, os argumentos são ponderados com outros argumentos, e estes se relacionam com os fatos. Conclui-se, portanto, que a compreensão do processo depende da conexão entre as partes e entre estas e o todo e tal dinâmica de interpretação apenas chega ao ponto final, sentença, quando o convencimento do julgador está formado.

Nas palavras de Gadamer: “[...] que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade de sentido [...]”¹⁴⁰

Veja-se que, por tal método, o fato é apresentado como parte, substrato. O trabalho do intérprete é realizar o ajustamento do fato ou do caso a uma norma materialmente adequada. Nessa empreitada, o intérprete busca no todo, sistema jurídico ou mesmo fora deste (para quem admite a tópica, por exemplo) uma norma ou normatização que se aplique àquela situação particular. Nesse movimento de busca da norma adequada o hermeneuta aplica hipoteticamente ao caso os enunciados que lhe aparecem mais adequados segundo seus conceitos prévios, pré-compreensões. O movimento circular somente termina quando o processo jurídico precisa findar, quando o julgador encontra o “sentido razoável”¹⁴¹ que o

¹³⁹ Diz-se autopoietico um sistema que é capaz de reproduzir os processos pelos quais foi criado, transformando-se mediante auto-referência, ou seja, recriar-se a partir de si mesmo [ver Sociologia sistêmica de Niklas Luhmann]. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 111-113.

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 402.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 417.

convença. Note-se que, para convencer os destinatários através de argumentação aceitável, é preciso primeiro estar convicto de que aquela solução foi a melhor entre as possíveis.

Heidegger escreve que o círculo não se tornará vicioso se o intérprete compreender que sua tarefa é elaborar conceitos a partir da coisa e desconfiar da “feliz ideia” – em outras palavras, do “chute”.¹⁴²

Gadamer, discípulo de Heidegger, explica esta posição e assevera que se trata de uma atitude do sujeito cognoscente deixar-se levar pela própria coisa apesar de compreendê-la sempre a partir de expectativas de sentido.¹⁴³ Noutras palavras, o intérprete inicia o processo de conhecimento com base em suas pré-compreensões, mas não deve se deixar guiar por estas, sob pena de tornar o círculo vicioso onde o conhecimento não é desenvolvido.

Do mesmo modo o julgador deve-se deixar orientar pela situação fática apresentada. O primeiro contato do intérprete é com o caso e sua pré-decisão sobre o caso. Se o juiz fixar-se em suas pré-concepções, fechando-se em seu mundo presente, não sairá da mesma pré-decisão, do primeiro sentido encontrado e, por mais que estude o caso, se não de deixar guiar por este, sempre retornará ao mesmo ponto, tornando o círculo da compreensão vicioso. No dizer de Gadamer: “Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias [...]”¹⁴⁴

Para tanto, o sujeito cognoscente deve por à prova da razão seus próprios conceitos prévios e separá-los quanto à legitimidade.¹⁴⁵ Identificar os preconceitos é tarefa árdua e alguns permaneceram despercebidos até que surja uma situação fática em que tal se mostre e possa ser conhecido e trabalhado. O importante é manter-se a atitude hermenêutica de estar em constante vigilância.

Sobre isto afirma Inocência Mártires Coelho:

[...] toda pré-compreensão possui algo de irracional porque, entre outros fatores que a determinam, ela se funda em pré-juízos, pré-suposições ou pré-conceitos – idéias-crenças ou evidências não refletidas [...]”¹⁴⁶

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. Parte 1, p. 210.

¹⁴³ GADAMER, op. cit., p. 402.

¹⁴⁴ Ibid., p. 402.

¹⁴⁵ Ibid., p. 403.

¹⁴⁶ COELHO; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 4.

E continua, reportando-se à compreensão da matéria constitucional:

Por isso, também constitui tarefa importante da teoria da constitucional submeter a pré-compreensão da Constituição ao tribunal da razão, em ordem a distinguirmos ou pelo menos tentarmos distinguir os pré-juízos legítimos dos ilegítimos, os falsos dos verdadeiros e, assim, alcançarmos uma compreensão da Lei Fundamental, se não verdadeira, pelo menos constitucionalmente adequada.¹⁴⁷

Uma maneira de perceber os próprios preconceitos é considerar a opinião do outro, o sentido encontrado por outro, com verdadeira abertura. Permitir-se viver novos conceitos; colocar-se no lugar do outro corresponderia à realização completa desse exercício.¹⁴⁸

Tal atitude é especialmente importante para o julgador no momento da apreciação da conduta humana exposta no caso concreto. Acerca desse modo de compreender e sua utilização na jurisprudência, revela Inocêncio Mártires Coelho: “[...] procuramos desvelar ou desentranhar o significado interno das obras e das condutas humanas, pondo-nos idealmente no lugar do outro para tentar descobrir, através daquilo que externamente ou materialmente ele fez, qual o propósito que o motivou.”¹⁴⁹ Trata-se de observar com os próprios olhos a situação vivida pelo outro para compreender sua atitude.

Esse pensamento é encontrado na filosofia de Gadamer: “Se nos deslocamos, por exemplo, à situação de outro homem, então vamos compreendê-lo, isto é, tornar-nos-emos conscientes de sua alteridade [...]”¹⁵⁰

Nisto consiste o que o referido filósofo denominou de “fusão de horizontes”. Segundo Gadamer:

Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ibid., p. 4.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 404.

¹⁴⁹ COELHO; MENDES; BRANCO, op. cit., p. 62.

¹⁵⁰ GADAMER, op. cit., p. 453-454.

¹⁵¹ Ibid., p. 454.

Partindo do conceito de Gadamer sobre horizonte – âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto – pode-se concluir que ao permitir novos pontos de vista o julgador amplia os horizontes acerca do Direito e em consequência o alcance da norma é estendido nessa proporção.

Esse colocar-se em novos ângulos de visão dos enunciados normativos e casos dá ao juiz maiores possibilidades e isto aumenta a probabilidade de se encontrar a solução mais adequada no próprio sistema jurídico. A necessidade de recorrer-se aos sistemas acoplados, como o político e econômico, é reduzida. Assim, a força normativa do sistema jurídico e, portanto, da Constituição é preservada.

Até aqui, em suma, as atitudes hermenêuticas tendentes a minimizar as possíveis arbitrariedades são: primeiro, o deixar-se conduzir pelo objeto cognoscitivo; segundo, admitir a existência de preconceitos; terceiro, identificá-los o quanto possível e, por último, permitir-se viver novos conceitos, incluindo os sentidos sugeridos pelo outro no debate, ou seja, tentar abrir-se a outras ideias.

Por fim, outro elemento a ser considerado em toda atividade epistemológica, ressaltado por Gadamer em *Verdade e Método*, é a tradição. Trata-se da herança de conhecimento que é transmitida de uma geração a outra. É que, segundo esse filósofo, todo o conhecimento é histórico. Portanto, não há atividade cognoscitiva que parta do nada. O sujeito cognoscente sempre parte do conhecimento até então acumulado ao longo da história. A tradição orienta as investigações científicas e as críticas porque toda crítica é realizada sobre o conhecimento até então existente. Mantém-se por resistir às críticas históricas e permanecerá até que o crítico se desincumba do ônus duplo de apontar o que tem de mudar e oferecer uma nova proposta. Até que isto ocorra, o clássico se mantém porque tem em seu favor sua conservação ao longo da história enfrentando as críticas.¹⁵²

Tudo isso não significa que não é recomendável mudar. Pelo contrário. A tradição deve estar em constante reflexão, pois deve ser atualizada vencendo a distância temporal existente entre o surgimento do conceito clássico e o hoje. Assim, o que se exige é a crítica fundada e fecunda, ou seja, motivada em uma

¹⁵² GADAMER, op. cit., p. 421-436.

necessidade real de mudança pelas razões pelas quais não deve permanecer e a demonstração de que a nova ideia é mais adequada.

A tradição é o elemento de mediação entre o clássico e o moderno. Permite que não haja ruptura de tudo que já foi estudado. A fusão de horizontes entre o conhecimento antigo e o novo que surge a todo momento; é o que possibilita a atualização do conhecimento sem, contudo, invalidar o clássico.

No âmbito do Direito, pode-se identificar a tradição também com a herança do conhecimento jurídico acumulado que é transmitido para as gerações futuras. Os conceitos dogmáticos, os precedentes jurisprudenciais, documentos jurídicos históricos, são exemplos de tradição.

A tradição deve ser levada em consideração no momento da interpretação, pois nenhum conhecimento parte do nada. Desta feita, o conhecimento clássico é importante elemento de controle da atividade hermenêutica. Aquele que pretende se insurgir contra a tradição assume a “carga da argumentação”, pois a presunção encontra-se a favor do entendimento até então seguido.¹⁵³ Isto requer uma “justificação adicional” dos motivos pelos quais o intérprete se afastou da tradição e das “melhores razões” por que adotou novo posicionamento.¹⁵⁴

As novas leituras do texto fazem parte da sua compreensão. Para Gadamer, “[...] o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito.”¹⁵⁵

Ocorre que, como visto, o processo jurídico precisa chegar ao ponto final. Daí que, a cada caso é preciso encontrar, naquele momento, o “sentido razoável do texto”¹⁵⁶, qual seja, a solução mais adequada ao conflito naquele momento. Uma nova interpretação, posterior, que se apresente “melhor” não invalida o sentido anteriormente atribuído. Isto porque, no dizer de Gadamer: “Entender é, essencialmente, um processo de história efetual.”¹⁵⁷

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008. p. 265-267.

¹⁵⁴ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. p. 446.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 417.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 448.

É preciso ter em mente, quando se apresenta dois casos semelhantes com decisões distintas, que primeiro devem-se verificar as diferenças entre os casos e observar em que estas podem ter influído na disparidade de respostas. Caso não sejam relevantes para justificar a diferença, é necessário observar a distância temporal entre ambas. Isto em razão de que a compreensão é condicionada pelo contexto (tempo-espço). Caso esse dado também se mostre semelhante (contextos similares), conclui-se pela existência de decisões contraditórias, provavelmente face à diversidade de entendimentos jurídicos ou alteridade cultural/valorativa dos julgadores.

Quanto à última conclusão, pode-se dizer que há uma inconsistência no sistema jurídico na sua função estabilizadora de expectativas. A não aceitação social desta incongruência só pode ser minorada por argumentação com elevado índice de convencimento nas duas decisões. Então surgirão duas correntes jurídicas realmente plausíveis de entendimento, que deverá ser uniformizado pelos tribunais.

De qualquer forma, o sistema oferece a solução por duas súmulas do STF, a já comentada 343 e a 400.

A primeira estabelece que não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Desse modo, se o entendimento não houver sido pacificado no momento do trânsito em julgado e, posteriormente, vier a ser uniformizado pelos tribunais, não caberá ação rescisória, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Como dito em linhas pretéritas, tal súmula não mais se aplica em matéria constitucional, pelo entendimento de que, em relação à Constituição deve-se preservar sua força normativa e poderia causar maior insegurança aos jurisdicionados a existência de interpretações contraditórias sobre o texto constitucional. A justificativa é que, como a Constituição orienta todo o ordenamento jurídico, a ausência de orientação segura decorrente de interpretações divergentes ocasionaria insegurança maior a incidir em todo o sistema.

A súmula 400 contém enunciado normativo semelhante e apresenta o mesmo raciocínio. Dispõe:

Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, inc. III da Constituição Federal.¹⁵⁸

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, o STF não admite a incidência desse enunciado em matéria constitucional. A interpretação constitucional, nesse sentido, deve ser a única admitida como correta pelo Tribunal Constitucional.

Portanto, tanto caberá ação rescisória quanto a recurso extraordinário contra decisão que, por exemplo, baseando-se na época em interpretação do próprio Supremo Tribunal, entenda por constitucional uma lei que posteriormente seja declarada inconstitucional pelo STF. Do mesmo modo ocorrerá se a interpretação dada pela decisão for alterada pelo Supremo, desde que se respeitem os respectivos prazos. Passados dois anos, a coisa julgada torna-se material e aí passa a ser direito fundamental não apenas das partes, mas de todos os atingidos.

Em matéria constitucional, portanto, para o Supremo Tribunal não é possível contentar-se com o “sentido razoável”, nas palavras de Gadamer; deve-se encontrar o significado “correto” das normas constitucionais. Impende, contudo, observar a existência de várias divergências interpretativas acerca de normas constitucionais dentro da própria Corte e que, muitas vezes, anos se passam para alcançar uma uniformização. Tal posição gera insegurança, pois, a cada decisão que trate de matéria constitucional o litigante vencedor somente pode esperar os efeitos da coisa julgada, na prática, após dois anos, somente após esgotados todos os recursos, inclusive o extraordinário (art. 495 do Código de Processo Civil). Isto sem contar com a problemática da execução da coisa julgada inconstitucional, matéria que pode ser alegada em impugnação (art. 475-L, inciso II cumulado com § 1º do CPC).

2.4 Método normativo-estruturante

Na mesma linha do método hermenêutico-concretizador, a metódica do direito constitucional apresentada por Friedrich Müller está voltada para a concretização da norma.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 400. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=400.NUME.%20NAO%20S.FL SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

Tal concretização/efetivação das normas constitucionais é implementada pelos “titulares de funções”.¹⁵⁹ Estes efetivam a força normativa da constituição ao exercerem suas atribuições de acordo com as respectivas competências constitucionais. Agindo dessa forma, os membros dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – concretizam as normas constitucionais e promovem a atualização da Constituição.

Para fins do presente trabalho, enfatizar-se-ão apenas os titulares de funções do Poder Judiciário quando em exercício da atividade eminentemente judicante. Muller expôs a finalidade da metódica por ele proposta, qual seja: decompor os processos de elaboração das decisões e da fundamentação e, com isto, identificar os passos do raciocínio realizado pelo intérprete, a fim de exercer o controle de sustentabilidade da decisão.

Nesse ínterim, segundo o método apresentado por Friedrich Müller, a norma constitucional é uma estrutura composta por programa da norma e âmbito da norma. O primeiro não se confunde com o próprio texto. O teor literal da norma, ou seja, o enunciado linguístico é um elemento do programa da norma. Nas palavras do próprio autor: “[...] o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’.”¹⁶⁰

Na concretização da norma, a interpretação literal é apenas um dado, embora considerado por Müller um dos mais importantes. Entretanto, não corresponde à própria norma, sendo a entrada do processo concretizador.

Enfim, segundo Müller, o programa da norma:

[...] não é apenas a ‘soma dos dados lingüísticos normativamente relevantes do texto da norma’, mas também o resultado da interpretação de textos não normativos [*Nicht-Normtexten*], como, por exemplo, textos da história do surgimento do dispositivo (elemento genético), textos de precursores normativos [*Normvorläufer*] não mais vigentes (elemento histórico), textos dogmáticos, teóricos, de política do direito e referentes à técnica de solução de casos [*Lösungstechnischen Texten*].¹⁶¹

¹⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 51-70.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 53.

¹⁶¹ *Apud* NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201.

O programa da norma engloba o sentido atribuído à tradição jurídica consoante explanado no estudo da hermenêutica apresentada por Gadamer. A herança de todo o conhecimento jurídico conservado ao longo da história – tradição – faz parte do programa da norma, do mesmo modo que os estudos contemporâneos, entre eles a própria crítica à tradição. A práxis jurídica, o dia a dia das decisões, os precedentes e as discussões sobre os casos julgados também constituem elementos integrantes do programa normativo.

Em resumo, o teor literal do enunciado normativo, a tradição jurídica, os estudos contemporâneos (inclusive as críticas e discussões) e a práxis das decisões constituem o programa da norma.

Além deste elemento, o outro componente estrutural da norma jurídica é o âmbito da norma. Este corresponde ao “recorte da realidade social”¹⁶² que o programa da norma selecionou. A norma jurídica incide sobre fatos, mas nem todos os dados reais oferecidos por um determinado episódio – âmbito material – são relevantes para a construção da norma. Pertinentes são os elementos fáticos conectados linguisticamente com o programa da norma. É ele que aponta quais os fatos do evento jurídico que são necessários para compor a estrutura da norma.

Melhor explica Müller:

O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto de fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do “âmbito material”, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa [Normativtatbestand]. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é a soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão, via de regra, conformados de modo ao menos parcialmente jurídico.¹⁶³

Observe que há uma simbiose entre programa da norma e âmbito da norma. Do mesmo modo que o programa da norma seleciona o âmbito da norma, a realidade da qual faz parte o âmbito da norma condiciona o programa e esta

¹⁶² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 57.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 58.

dinâmica concretizadora constitui o processo pelo qual a própria norma é construída a todo momento e, portanto, se atualiza.

Em razão disto afirma Müller: “[...] os fatores ordenantes necessariamente formam uma unidade e se complementam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis da realização do direito.”¹⁶⁴

Assim, é possível compreender a afirmação de Müller de que “[...] a normatividade é um processo estruturado.”¹⁶⁵ Esta enquanto capacidade da norma de reger situações concretas, e enquanto potencial de efetividade normativa, somente pode ser aferida na práxis da realização do direito, no momento em que as funções são exercidas, na decisão prática, na concretização, enfim.

Essa relação estreita entre âmbito e programa da norma determina o índice de efetividade, ou seja, em que medida determinada norma atinge sua pretensão de injuntividade. Essa potencialidade apenas é verificável no momento da efetivação do comando normativo, que se dá na solução do caso jurídico concreto, na concretização. No dizer de Müller: “A normatividade comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas.”¹⁶⁶

Não apenas a normatividade, enquanto potencial de efetividade, é aferida na concretização, mas a própria norma é construída apenas no momento da concretização. A norma jurídica, principalmente a norma constitucional, não possui um sentido determinado abstratamente. Para Müller “a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída”¹⁶⁷. O preenchimento da norma constitucional, cuja estrutura é aberta devido à indeterminação dos termos e à pluralidade de sentidos, é realizado na solução dos casos jurídicos concretos. Esse preenchimento/construção é um processo contínuo e o alcance/extensão da norma vão se revelando na medida de sua aplicação.

Observe-se que o programa da norma é formulado pelos próprios titulares de função que, diante de sua pré-compreensão acerca do teor literal do enunciado jurídico, somado aos seus conceitos (também prévios) sobre a tradição jurídica, aliada a textos diversos pertinentes a questões por ele escolhidos, forma sua “ideia”

¹⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 62.

de norma. Se este programa normativo seleciona os fatos relevantes para receberem a incidência da norma, conclui-se que os fatos também são escolhidos pelo intérprete. Com efeito, ambos os elementos estruturais da norma são formulados pelo “concretizador”; têm-se, portanto, que o “realizador” do direito constrói a norma jurídica ao exercer sua função.

Em outras palavras, ao criticar a ideia positivista de subsunção, Müller adverte: “A ‘subsunção’ é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo perspectiva pré-compreensão de dogmática jurídica.”¹⁶⁸

Surgiram críticas ao método apresentado, as quais ofereciam denúncia de que tal procedimento seria originário de uma espécie de ideologia voltada ao caráter sociológico, tendo em vista a superestimação dos fatos na estrutura da norma. Respondendo, Müller ressaltou a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação e que a pretensão à fidelidade a tais métodos seria apenas fictícia, principalmente quando o objeto é o direito constitucional.

Noutro giro, contrapõe Müller às críticas:

A objeção de que uma parte desse enfoque hermenêutico já poderia ser solucionada com os métodos tradicionais da interpretação de *Savigny* ignora que os *canones* fazem com isso algo que pela sua concepção não deveriam fazer. Na práxis jurídica cabe-lhes constantemente encobrir por meio da linguagem partes integrantes do âmbito da norma que em verdade (co)determinam a decisão do caso jurídico por força da sua própria consistência material e justamente não podem ser identificados com a ajuda dos *cânones*. Não por último em tais discrepâncias, constatou-se sempre de novo que mera fidelidade à regras de *Savigny* necessariamente permanece fictícia também no direito constitucional.¹⁶⁹

Em relação à pré-compreensão a que se referiu Müller, para o método estruturante, esta apresenta-se em um enfoque diferenciado. Como esclareceu o autor: “No contexto da metódica jurídica, “pré-compreensão” pode significar somente pré-compreensão jurídica, não pré-compreensão filosófica ou genericamente própria das ciências humanas.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ MÜLLER, op. cit., p. 62.

¹⁶⁹ Ibid., p. 59.

¹⁷⁰ Ibid., p. 64.

Nessa linha, Müller apresenta uma preocupação semelhante à dos positivistas, qual seja, tornar a decisão suscetível de controle e discutibilidade. Expõe a dificuldade de racionalizar ideologias inseridas na decisão mascaradas linguisticamente caso se venham a admitir na metódica as pré-compreensões como conceituadas nas ciências do espírito. A intenção é limitar a atividade concretizadora de construção da norma dentro do juridicamente possível e torná-la controlável.

Com isto conclui Müller: “Sem a sobriedade do excesso racionalista a ideologia poderia desenvolver-se sem limites e controles.”¹⁷¹

A questão é saber se existe possibilidade, diante da exigência em admitir-se apenas as pré-compreensões jurídicas, de excluir do processo de concretização das normas jurídicas as ideologias dos titulares de funções enquanto intérpretes aplicadores.

Não se deve olvidar que o direito é uma ciência humana e como tal seu objeto é cultural. Conforme referido na análise do método concretizador, não parece possível separar o sujeito cognoscente do objeto. Não é viável “proteger” o objeto cultural daquele que o estuda, pois o intérprete não apenas pretende conhecer a norma, mas produz a norma. Ao construí-la, orienta-se por uma pré-compreensão do próprio objeto. Mesmo que este conjunto de pré-concepções seja apenas “jurídico”, deve-se notar que o conhecimento jurídico não está imune às valorações do sujeito cognoscente. Pelo contrário, os termos jurídicos, os conceitos dogmáticos, a análise dos argumentos do precedente, o estudo do material pertinente, o “olhar” sobre os fatos, ou seja, a pré-compreensão do hermeneuta acerca dos conceitos jurídicos está impregnada, mesmo que o intérprete pretenda afastá-la, de valores. Portanto, o programa da norma e o âmbito da norma são suscetíveis de valoração.

A fundamentação racional da decisão é a exigência que conduz à controlabilidade, à aceitabilidade, à redução da ideologia. Müller sustenta que a fundamentação deve convencer os atingidos e tornar a decisão controlável, pois esta é elemento de estabilidade jurídica. O enunciado linguístico da norma é norte e limite para concretização. Nas palavras do autor, o texto da norma “[...] dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização.”¹⁷²

¹⁷¹ Ibid., p. 66.

¹⁷² Ibid., p. 56.

A decisão possível, portanto, passa a ser a racionalmente fundamentada, observando-se, em todo o caso, os limites interpretativos impostos pelo texto.

Até aqui não parece haver um método que, por si só, ofereça critérios seguros de controle das decisões. A influência das ideologias nas decisões dar-se-á mesmo que o hermenauta se declare legalista e posicione-se ao lado do positivismo, ainda que sustente o retorno ao método clássico. Isto porque esse pensamento é tão ideológico quanto o daqueles que pretendem a instalação da “Nova Hermenêutica”. Observe-se que o uso estratégico da linguagem é viável até para quem defende que a interpretação legítima é apenas a que revela o sentido literal do texto.

Não existe alguém isento de ideologia; existem os que a encobrem ou mesmo os que acreditam inocentemente que dela estão livres. Tornar-se livre é estar lúcido sobre seus preconceitos e, para não ficar escravo destes, abrir-se a novas ideias.

A incerteza das decisões que tanto assusta a comunidade jurídica e a esfera pública não será diminuída com a pretensão de excluir do direito os valores daqueles que o operam. Isto é impossível. Fechar os olhos para os subjetivismos não fará com que desapareçam.

Somente uma mentalidade dos julgadores voltada à importância da estabilidade e da coerência das decisões do Poder Judiciário para a legitimação do Estado de Direito seria capaz de diminuir as decisões contraditórias. Ela exige um olhar para o todo muito mais que um olhar para si. Trata-se de cultura tendente a atribuir maior relevância ao conjunto de decisões que a uma decisão isolada. Demanda renúncia parcial à plena autonomia do pensamento em prol do todo, qual seja, a legitimidade do Poder Judiciário. Disso depende a confiança da comunidade jurídica e da esfera pública na Justiça.

3 UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Hermenêutica apresenta uma opção para a tentativa de satisfação simultânea do princípio da segurança jurídica e a pretensão de legitimidade da decisão judicial, enquanto aceitabilidade racional apoiada em argumento somada ao justificador externo de convencimento (justiça de acordo com o conceito do capítulo primeiro). Entretanto, a efetivação da “Nova Hermenêutica”, com franca ascensão na comunidade jurídica brasileira, principalmente em matéria constitucional, devido à abertura dos enunciados da Constituição, como visto no capítulo anterior, traz soluções, pois viabiliza a justeza entre o caso concreto e o referencial normativo, mas origina problemas.

Reavivando as discussões anteriores, a grande variação dos possíveis significados dos enunciados normativos constitucionais não deriva apenas da abertura semântica, mas também da extração dos princípios da tradição jurídica que são ‘identificados’ em tais textos. Por exemplo, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade foi ‘encontrado’ na garantia do devido processo legal, observado sob a dimensão substancial que transcenderia o aspecto apenas instrumental, sugerido pela interpretação literal do texto. Destarte, a razoabilidade e proporcionalidade são representações do devido processo legal substancial.

Sobre o problema dos limites da interpretação concernente à hermenêutica jurídica, reflete Inocêncio Mártires Coelho:

No âmbito da hermenêutica jurídica, em geral, e da interpretação constitucional, em particular, a idéia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação deriva de imediatamente do princípio da segurança jurídica, que estaria de todo comprometida se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum senso de justiça.¹⁷³

O limite da interpretação é o próprio texto. Este tem sido o norte para verificação da “razoável interpretação” da lei, como se refere a súmula 400 do

¹⁷³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

Supremo Tribunal Federal, que, reitere-se, não é aplicável em matéria constitucional. Passa-se, portanto, a limitar a criação judicial ao “sentido literal possível”¹⁷⁴.

A questão é que, conforme já citado, o próprio sistema jurídico, através das súmulas 343 e 400 do mesmo STF, declarou a possibilidade de existir mais de uma interpretação possível. Não poderia ser diferente. O Direito expressa-se por linguagem e, nesse terreno, não pode fugir das “variantes de significado”¹⁷⁵.

Diante dessa realidade, mesmo aqueles que, como Forsthoff, defendem única e exclusivamente a aplicação do método clássico à interpretação constitucional como solução para preservação do sentido não podem se esquivar de admitir a possível contradição de decisões sobre o mesmo enunciado. Quanto maior a abertura semântica, maior a possibilidade de incerteza acerca das possíveis interpretações. Portanto, em matéria constitucional, a variação de significado é potencializada.

O debate sobre o melhor método hermenêutico aplicável às normas constitucionais ou a pretensão de objetivar o processo de interpretação da Constituição, fornecendo critérios mais ou menos objetivos, a fim de exercer o controle sobre decisões judiciais, são inócuos ante a práxis que já assimilou a cultura da “Nova Hermenêutica”. Observa-se, ainda, que um mesmo caso comporta a aplicação de vários métodos.

Quando o intérprete, seja juiz ou não, se depara com o texto, o primeiro olhar (pré-compreensão) dirigir-se-á para o sentido literal, identificado pelo intérprete. A continuação do processo cíclico de interpretação fará com que o hermeneuta “descubra” novas soluções por aplicação dos outros métodos. Por exemplo, o próprio caso fornecerá direções, consoante suas particularidades. Ao observar a especificidade do caso, partindo de uma pré-compreensão, seguindo um processo de ir e vir de sentido, o intérprete realiza a hermenêutica concretizadora, ainda que inconscientemente. Quando esse mesmo sujeito cognoscente pondera consigo argumentos estranhos ao sistema jurídico – propriamente dito – e analisa causas e consequências da solução para o evento examinado, opera o método tópico. O intérprete, quando avalia o evento posto à análise para encontrar a

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 520.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 452.

realidade sobre a qual deve incidir a norma, procura o “âmbito da norma”. Já o “programa da norma”, é resultado do conjunto de dados, prioritariamente linguísticos, mas decorre também de outros conhecimentos, mesmo estranhos ao sistema jurídico. Com esta última atividade, o constitucionalista realiza a atividade hermenêutica pelo método normativo-estruturante.

Todas essas etapas percorridas no processo hermenêutico não são facilmente verificadas quando a decisão é monocrática. Entretanto, quando as discussões são travadas em Órgão Colegiado, Tribunal, Câmaras, Turmas ou Seções, há uma explicitação de argumentos para cada solução encontrada. O exercício de tais métodos fica evidenciado. Enquanto um intérprete atribui maior importância, por exemplo, à consequência econômica de um julgado, outro pode asseverar a aplicação irrestrita da dogmática, outro, ainda, pode pontuar a repercussão social do caso. Assim, as diversas soluções se apresentam, sendo algumas, ou todas, consideradas razoáveis, embora contraditórias. A argumentação, no colegiado, reflete as ponderações que o próprio juiz realiza no trabalho solitário, mas que não ficam evidentes no texto, devido à escolha que é feita por uma das soluções.

Vê-se que esses métodos são aplicados com certa naturalidade, embora conhecê-los em muito auxilia no labor investigativo do hermeneuta, pois surge a consciência da própria atividade no esclarecimento do processo cognitivo em si, não apenas do objeto de estudo. Tal consciência importará em maior cuidado tanto na interpretação como na exposição das razões, ou seja, na argumentação, que é a etapa ligada ao convencimento dos demais sujeitos.

O controle hermenêutico, a par de todos os métodos, não fornece critérios objetivos para se determinar a melhor solução. Pelo contrário, a aplicação da “Nova Hermenêutica” amplia o leque de possibilidades, mesmo porque, sugere o acoplamento dos sistemas, já que, ao menos com o método tópico e normativo-estruturante, realiza-se um estudo interdisciplinar voltado à percepção do evento e das consequências da solução, sob o olhar, também, de outros sistemas (político, social e econômico).

Ao fim e ao cabo, é inegável que o sistema admite mais de uma solução correta para o mesmo caso, ou casos idênticos, como reconhecido pelas súmulas 343 e 400 do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, como já referido, tais súmulas não se aplicam à interpretação constitucional. Significa dizer que tanto cabe ação rescisória como também recurso extraordinário quando a decisão impugnada tiver decidido matéria constitucional.

Acerca da inaplicabilidade das súmulas 343 e 400 em matéria constitucional, necessário trazer a lume alguns trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812-1.

Primeiro, sobre o instituto da ação rescisória, elucidou o citado Ministro:

Sob uma perspectiva constitucional, ao analisar o instituto da rescisória temos **dois valores em confronto**. De um lado **a segurança jurídica**. Do outro, temos uma manifestação do devido processo legal, qual seja **o compromisso do sistema com a prestação judicial correta**, não viciada.

Na realidade o instituto da rescisória atende **à efetiva realização da idéia de Justiça**. (grifo nosso)¹⁷⁶.

Após, o Relator afirmou que o sistema busca, através do disposto no art. 485 do Código de Processo Civil, que as sentenças sejam “harmônicas em relação a outros pronunciamentos judiciais”.¹⁷⁷. Aponta que, em relação às normas constitucionais, a “violação à literal disposição de lei”, constante no inc. V do referido dispositivo, cuida de uma violação “qualificada”.

Continua o Relator a explicar quanto à diferenciação do sistema jurídico diante de uma contradição de interpretações em relação a normas infraconstitucionais, em que é aplicável a súmula 343, e acerca de norma constitucional, revelando, ainda, que é papel da Corte – Supremo Tribunal Federal – fixar interpretação constitucional, pacificando entendimentos e dissolvendo controvérsia judicial sobre norma constitucional. A concretização da Constituição cabe ao Supremo Tribunal, que tem o dever de concretizá-la, fixando a orientação para todos os Poderes.

Com isso, pondera o Ministro Gilmar:

Se por um lado a rescisão de uma sentença gera certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá

¹⁷⁶ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 328.812-1; AI 712834 AgR, *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 fev. 2009; RE 391847 AgR – ED, *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 maio 2009; RE 417446 AgR – ED, *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 ago. 2005.

¹⁷⁷ Ibid.

sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional.¹⁷⁸

Analisando-se a ponderação acima acerca do mesmo princípio, segurança jurídica, visto sob ângulos distintos, o primeiro diz respeito às próprias partes envolvidas, daí uma visão mais fechada ao caso concreto. De outro lado, avalia-se a repercussão no sistema jurídico, na comunidade jurídica e na esfera pública. Ocorre que há uma certa insegurança na espera de dois anos até que a sentença seja “estabilizada”, ou seja, em matéria constitucional, seria necessário esperar dois anos para que o posicionamento da Corte não fosse alterado ou fosse fixado quando não há pacificação.

Note-se, porém, que, mesmo após dois anos, o ordenamento prevê, nos artigos 475 – L, § 1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil. Tais dispositivos estabelecem que o título executivo é inexigível quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal ou tidas por esta Corte como incompatíveis com a Constituição.

De tal modo, o sistema jurídico assegura o papel do Supremo Tribunal Federal como última palavra na interpretação das normas constitucionais. Tanto os dispositivos apontados como as decisões da Corte dirigem-se para afirmar que pertence ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República.

O que se pretende assegurar é a supremacia da Constituição e atribuir eficácia imediata e vinculante às decisões do Supremo, mesmo advindas do controle de constitucionalidade difuso. Busca-se a preservação do princípio da força normativa da Constituição na prática judiciária de modo a garantir o tratamento uniforme dos casos que envolvam interpretação de normas constitucionais.

Um argumento tópico lançado pelo Ministro Gilmar Mendes, ainda no mesmo voto, traz à tona a preocupação com a respeitabilidade do jurisdicionado na Justiça. Veja-se:

Certamente já não é fácil explicar a um cidadão porque teve um tratamento judicial desfavorável enquanto seu colega de trabalho alcançou uma decisão favorável, considerando o mesmo quadro normativo infraconstitucional. Mas aqui, por opção do sistema, tendo em vista a

¹⁷⁸ Ibid.

perspectiva da segurança jurídica, admite-se a solução restritiva à rescisória que está plasmada na Súmula 343.¹⁷⁹

Idêntico raciocínio realizou Vitor Nunes Leal, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao evidenciar a função da jurisprudência, dos precedentes e das súmulas. Expôs em uma palestra proferida em Belo Horizonte, em 12 de agosto de 1964, o seguinte:

Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança.¹⁸⁰

Nunes Leal observou, por um ângulo prioritariamente pragmático, a questão da Justiça como igualdade. Por outro lado, deixou evidente a preocupação com a respeitabilidade do Poder Judiciário frente à “opinião leiga” – esfera pública – e o potencial de convencimento acerca das decisões. Com isso, também se preserva a proteção da confiança no Estado de Direito, vista sob o aspecto de dever do Estado em assegurar as expectativas de boa-fé e da justa expectativa.

Sob a perspectiva da Sociologia, Niklas Luhmann, avaliando a questão da Justiça na contemporaneidade, ressalta: “A Justiça torna-se agora a **implementação uniforme do direito** [...]”¹⁸¹ (grifo nosso).

Explica o sociólogo que, em cada decisão, o juiz fixa premissas, as quais serão utilizadas para cada caso semelhante.¹⁸² Deste modo, a igualdade perante a lei é a aplicação de critérios para decisão, independentemente das partes envolvidas, ou seja, aplicação das premissas para casos semelhantes de maneira impessoal.¹⁸³ O referido sociólogo apresenta também a diferenciação do processo decisório judicial em relação às decisões legislativas, pontuando:

O juiz submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas **decidir da mesma forma os casos iguais**. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 16, out./dez. 1964.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v. 1. p. 87 (Biblioteca tempo universitário; 75).

¹⁸² Ibid., p. 34-35.

¹⁸³ Ibid., p. 87.

reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.¹⁸⁴ (grifo nosso)

Diante disto, é possível estabelecer uma comparação entre o “juiz”, nas palavras de Luhmann, e o Tribunal ou o Poder Judiciário. Assim, a Justiça compromete-se com as próprias premissas estabelecidas em seus precedentes, possuindo o ônus social de respeitar as próprias decisões e afirmar, com isso, a coerência e consistência do sistema jurídico, além de efetivar a capacidade deste sistema para reger a sociedade. Quando o Tribunal dá tratamento diferenciado a caso aparentemente semelhante, deve reconhecer a diferença e deixar transparente a necessidade do tratamento diverso.

O Judiciário deve ter em mente que constituirão precedentes e, com base naquela argumentação exposta, serão julgadas outras causas idênticas. É desse modo que se evidencia o aspecto normativo da decisão jurídica. Embora imediatamente voltada à solução do caso concreto, a sentença transcende o particular e alcança casos futuros que a terão como paradigma.

Sobre o fenômeno, elucida Niklas Luhmann:

Todo aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma. Por isso a decisão judicial não pode ser apropriadamente concebida como a “lei do caso particular”.¹⁸⁵

John Rawls, ao formular “Uma teoria da justiça”, acentuou a necessidade de tratar casos semelhantes da mesma maneira, como forma de realizar a justiça substantiva como equidade. Concernente às instituições e à justiça formal, ainda comenta:

A inevitável vagueza das leis em geral e a grande discricção¹⁸⁶ concedida à sua interpretação incentivam uma arbitrariedade ao tomar decisões que só a fidelidade à justiça pode atenuar. Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as conseqüências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e as liberdades de

¹⁸⁴ Ibid., p. 35.

¹⁸⁵ Ibid., p. 34-35.

¹⁸⁶ No sentido de discricionariedade.

outros e de repartir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social.¹⁸⁷

Desta feita, diante da riqueza de possibilidades de interpretação dos enunciados normativos (principalmente os constitucionais, pela abertura semântica), seja qual for o método hermenêutico utilizado, a realidade de decisões contraditórias em todo o país torna-se inevitável. Tais decisões podem apresentar-se corretas, o que as distinguirá será a escolha valorativa, ou seja, o motivo pelo qual foi escolhida determinada solução dentre várias possíveis.

Considerando a não aplicação das súmulas 400 e 343 do STF em matéria constitucional e a jurisprudência dessa Corte como guardião da Constituição, essa escolha valorativa caberá ao Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte tem a competência constitucional para definir qual a melhor interpretação dos enunciados constitucionais dentre tantas outras encontradas nos julgados dos demais órgãos do Judiciário.

A questão é que não há um valor superior ao qual se possa recorrer para prever qual será a escolha do intérprete em cada caso de conflito de valores constitucionais. Em princípio (“in abstracto”), os direitos fundamentais distribuídos em toda a Constituição possuem igual valor. Do mesmo modo, não é possível julgar inconstitucional um enunciado proveniente do Constituinte Originário. Daí o dever de realizar a escolha por uma solução no caso concreto sem invalidar os demais princípios envolvidos. Isso é realizado mediante a técnica da ponderação de princípios.¹⁸⁸

A incerteza acerca de qual princípio prevalecerá no caso concreto acentua as críticas à Jurisdição Constitucional, mormente porque tal decisão constituir-se-á em precedente e, portanto, deverá ser seguida em casos semelhantes.

Não é objeto do presente estudo elucidar as críticas e as respostas dos defensores da Jurisdição Constitucional. A tensão entre o princípio democrático e o controle jurisdicional dos atos legislativos é problema que demanda trabalho próprio. Entretanto, a Justiça Constitucional é uma realidade, assim como as decisões

¹⁸⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 72.

¹⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

tomadas pela Corte são dotadas de autoridade, tendo esta sido conferida pela Constituição.

A necessidade de interrupção do debate é inerente ao discurso jurídico, apesar de saber-se que interpretar configura-se um processo infinito, ou seja, determinado objeto pode ser interpretado de tão diversas maneiras que é impossível determinar em qual o momento deve ser interrompida a atividade cognitiva, o debate sobre a melhor interpretação. Entretanto, o caso não pode ficar sem solução “ad infinitum”. A interrupção concerne à necessidade pragmática, bem como à obediência ao princípio do acesso à jurisdição. Mais ainda, tratando-se de interpretação de enunciado constitucional, a demora na definição de qual interpretação deve prevalecer gera a contingência para a comunidade jurídica e esfera pública. Esse fenômeno – incerteza de qual interpretação será fixada pela Suprema Corte - é tão prejudicial quanto a possível falta de maturidade do debate.

Fato é que, quando o colegiado, formado pelos Ministros do Supremo Tribunal, chega a um nível razoável de convencimento, a matéria deve ser decidida, sob pena de permanecer a prejudicial contingência sobre a expectativa normativa. Note-se que a Corte pode se dividir, mas, mesmo a decisão sendo tomada por uma maioria, não significa dizer que o debate não foi amadurecido. Ocorre que algumas matérias evidenciam muito mais que outras a alteridade valorativa dos juízes. Na realidade, essa diversidade é expressão da particularidade do Brasil em termos de acentuada miscigenação cultural.

Nessa perspectiva, a decisão pode até mesmo ser unânime, mas também não significa dizer que há um consenso suposto, ou seja, que houve a obediência a todas as regras do discurso, descritas por Habermas (primeiro capítulo), mormente a busca cooperativa da verdade, e se chegou a um consenso quanto à melhor interpretação constitucional. Isso acontece porque, enquanto Tribunal jurídico-político, a Suprema Corte tem uma carga de maior responsabilidade quanto aos efeitos sociais e econômicos de suas decisões. Não há dúvida de que os juízes em um Tribunal Constitucional argumentam também aspectos consequenciais. Essa é uma responsabilidade inerente à jurisdição e muito mais à Justiça Constitucional.

A interpretação do Supremo Tribunal é, na prática, mais vinculante do que a lei ainda não declarada constitucional por essa Corte. Isto porque, após a decisão do Supremo em controle concentrado (discute-se o controle difuso – a seguir), vincula

todos, cabendo reclamação diretamente ao Supremo. A lei ainda não examinada é passível de declaração de inconstitucionalidade incidental e, assim, não pode ser aplicada ao caso concreto nas outras instâncias.

A interpretação do Supremo Tribunal põe termo ao discurso, ao menos por um período, eliminando a insegurança e, apesar de saber-se ser uma decisão de autoridade, não poderia ser de outro modo, sob pena de esvaziamento do papel da Jurisdição Constitucional.

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal é condição de eficácia da Jurisdição Constitucional. Não seria possível eliminar a insegurança caso a decisão não fosse vinculante.

A esse respeito, vale evocar as palavras de Robert Alexy em favor da Jurisdição Constitucional como forma racional de controle do sistema jurídico em relação aos atos legislativos:

A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a idéia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão.¹⁸⁹

Note-se que, além de oferecer estabilidade às expectativas normativas acerca do enunciado constitucional, a vinculação da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e demais poderes satisfaz à ideia de justiça enquanto igualdade. A decisão será aplicada indistintamente aos casos semelhantes em todo país.

Com isso, pode-se concluir que a uniformização de jurisprudência realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no papel de definir a melhor interpretação dos enunciados constitucionais, satisfaz às exigências de segurança jurídica, enquanto previsibilidade das decisões judiciais, bem como à pretensão de realizar justiça como equidade.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 574.

No que tange à correção, enquanto aceitabilidade racional apoiada em argumentação e a justiça - justificador externo e potencial de convencimento –, somente é possível aferir após a publicidade da decisão com a “predominante aceitação”¹⁹⁰ na comunidade jurídica e opinião pública – esfera pública. Essa observação, assim como dados de impacto econômico e social, fornece ao Tribunal elementos necessários para decidir pela permanência ou mudança de entendimento. Não que tais elementos vinculem a Corte, pois independente, mas a observância desses dados provavelmente auxilia na aproximação entre as decisões do Tribunal e a realidade social, elevando o índice de respeitabilidade no Poder Judiciário. Necessário pontuar que os meios de comunicação são importantes veículos de transmissão da opinião pública, mas podem ser manipulados. Daí não haver confusão, neste trabalho, entre esfera pública e imprensa.

A uniformização de jurisprudência é voltada a estabilizar expectativas normativas por que a interpretação sobre o enunciado, em vários órgãos do Judiciário, é divergente. A divergência jurisprudencial é prejudicial, pois enfraquece a função estabilizadora do sistema jurídico. A implementação uniforme do Direito, como dito, atende aos anseios de segurança jurídica (previsibilidade das decisões) e justiça como equidade.

Segundo Habermas, a uniformização é absolutamente necessária e decorre da atividade institucionalizada de revisão também importante para o aperfeiçoamento do Direito. O filósofo buscou na racionalidade da jurisprudência uma solução para a indeterminação do Direito e concluiu, citando Arens:

A auto-reflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito: ‘A *finalidade dos meios jurídicos* consiste inicialmente em *conseguir decisões corretas e, por isso, justas*, no interesse das partes, *através da revisão das decisões promulgadas*. A simples possibilidade de revisão obriga, além disso, os tribunais a uma *fundamentação cuidadosa*. Porém o fim dos meios jurídicos não se esgota nisso. Existe também um *interesse geral* num sistema eficiente de meios jurídicos. A proibição da auto-ajuda só pode ser realizada de modo efetivo, quando as partes têm certas garantias de obter uma decisão correta. Além disso, o cortejo de instâncias, com sua *concentração da jurisdição* em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo, leva à *uniformização* absolutamente necessária e ao *aperfeiçoamento do direito*. Ele é muito mais pronunciado na revisão do que na apelação. O interesse público na uniformização do direito destaca uma característica pregnante na

¹⁹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 616.

lógica da jurisprudência: O tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.¹⁹¹ (grifos do autor)

A necessidade de uniformização vem do anseio de segurança, da ideia de igualdade enquanto dimensão da justiça e também de questões pragmáticas. Quanto a esses aspectos, proferiu Victor Nunes Leal, na mesma palestra acima citada:

É sabido o fundamento doutrinário, porque não pode haver, num país de unidade jurídica, um direito positivo para cada um dos tribunais. Mas também há motivos pragmáticos, de procedência incontestável. O direito é, em grande parte, uma criação da razão prática. Veja-se, por exemplo, o que se passa com a coisa julgada. Ela não poderia ser compreendida, ensina LIEBMAN, sem a conveniência social de se por fim aos litígios forenses, pois, no plano puramente lógico, a Justiça deveria buscar, indefinidamente, a verdade jurídica. Do mesmo modo, razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade.¹⁹²

Antes de chegar ao objetivo de uniformizar decisões judiciais em casos análogos, é necessário compreender ao menos a ideia principal da Teoria do Precedente Judicial.

3.1 Teoria do precedente judicial

A importância do estudo da Teoria do Precedente Judicial está, como acima referido, na pretensão de uniformização das decisões judiciais como meio a alcançar a segurança jurídica e o ideal de justiça enquanto equidade. Mais ainda, a confiança do jurisdicionado, não apenas no Poder Judiciário, mas no próprio Direito como instrumento de resolução efetiva de conflitos, depende da coerência das decisões judiciais tomadas principalmente pelos órgãos de revisão, Tribunais.

O precedente judicial vem ganhando maior força no sistema jurídico brasileiro à medida que as alterações legislativas e constitucionais atribuem-lhe mais autoridade de persuasão e, em alguns casos, efeito vinculante. São exemplos disso:

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 266. (Biblioteca tempo universitário; 10).

¹⁹² LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 16, out./dez. 1964.

(1) a eficácia contra todos e efeito vinculante da decisão definitiva de mérito tomada em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade que, com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, tornou-se dispositivo constitucional; (2) a persuasão exercida pela súmula impeditiva de recurso; (3) a repercussão geral¹⁹³ das questões constitucionais discutidas em recurso extraordinário e (4) a súmula vinculante¹⁹⁴.

O Brasil experimenta uma ideia cada vez mais fortalecida de mistura entre os sistemas do Direito Consuetudinário – *common law* – e Direito Codificado – *civil law*. Essa cultura se expressa pela atitude recorrente na prática forense de citar exaustivamente precedentes judiciais como argumento, por vezes único, na fundamentação dos requerimentos.

Os julgadores, por seu turno, também incluem precedentes na fundamentação de suas decisões como razão primeira do julgamento ou mesmo para enriquecer a argumentação.

Entretanto, a experiência mostra que o precedente judicial tem maior uso no sistema brasileiro – *civil law* – como instrumento de persuasão. Isso porque, exceto nos casos determinados pela Constituição e leis, os precedentes no Brasil, em regra, não são obrigatórios, ou seja, não possuem efeito vinculante previsto em dispositivo legal ou constitucional.

Ainda assim, após o advento da Constituição da República de 1988, talvez pelo fenômeno da comunicação quase imediata dos acórdãos ao conhecimento público, recurso proporcionado pela internet, bem como pelo maior interesse da imprensa na divulgação do posicionamento do Supremo Tribunal, surgiu ambiente propício à formação da cultura de adesão às decisões proferidas pelo Supremo também em controle difuso de inconstitucionalidade.

Portanto, mesmo que não vinculantes, do ponto de vista do sistema jurídico seguido no Brasil, *civil law*, os precedentes judiciais em matéria constitucional emanados do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso de

¹⁹³ Instituto novo no direito brasileiro, a repercussão geral é semelhante ao *writ of certiorari* norte-americano. Embora pertinente ao tema, não será aqui discutido por demandar maior desmembramento, principalmente no que tange à problemática de acesso à Justiça e à discricionariedade do Supremo Tribunal.

¹⁹⁴ A súmula vinculante tem sido tema único de uma grande quantidade de trabalhos acadêmicos, por essa razão não se pretende aqui desenvolvê-lo. Este assunto merece pesquisa autônoma.

constitucionalidade, vêm ganhando mais a mais elevado grau de persuasão, não apenas em relação às alterações legislativas (tais como a súmula impeditiva de recurso), mas também a autoridade que vem atribuindo o STF às suas interpretações constitucionais¹⁹⁵.

Como a própria Teoria do Precedente sugere, e adiante retomar-se-á, a obediência ao precedente judicial depende muito mais de uma prática diária em todas as instâncias de respeito e aplicação efetiva do precedente do que de qualquer elemento legislativo que vincule os demais órgãos. Isto ocorre porque, do mesmo modo que há previsão de vinculação e de instrumento para atribuir efetividade aos precedentes obrigatórios – reclamação –, a própria teoria traz institutos que, por interpretação, o julgador pode negar a aplicação do precedente, entendendo, por exemplo, que o caso sob julgamento é diverso e, com isso, não existiria a vinculação.

De um modo ou de outro, fato é que o Brasil aproximou-se, ao menos quanto ao controle concentrado de constitucionalidade e à súmula vinculante¹⁹⁶, parcialmente do sistema da *common law*, trazendo os casos de precedente vinculante (*binding precedent*)¹⁹⁷ ou de autoridade vinculante (*binding authority*)¹⁹⁸. Esse é um dos critérios de classificação dos precedentes judiciais, sob a perspectiva de seus efeitos.

Não será abordada a questão de precedente como fonte do direito nem a de precedentes declarativos e criativos. Por todos os motivos expostos ao longo desse trabalho, o precedente judicial será aqui considerado fonte do Direito e partir-se-á do pressuposto de que sua natureza é constitutiva. Veja-se que precedente é uma decisão judicial, assim sendo, uma decisão não pode ser tomada sem interpretação

¹⁹⁵ Nesse sentido, vale lembrar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 328.812-1, comentado em linhas pretéritas, no início deste capítulo.

¹⁹⁶ Quanto à súmula, Marcelo Alves Dias de Souza apresenta a diferença entre súmula vinculante e precedente judicial obrigatório nos termos estritos da teoria do precedente judicial, segundo parâmetros ingleses e norte-americanos. Entretanto, admite a súmula vinculante como precedente em sentido amplo. Para maior esclarecimento: SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173-178 e p. 263.

Noutro sentido, cite-se José Rogério Cruz e Tucci que não faz tal diferença. Trata qualquer súmula como precedente judicial, seja vinculante ou não. Utiliza a denominação de precedente sumulado. Para verificação: TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 259-265 e p. 279-283.

¹⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 52.

¹⁹⁸ Ibid.

tanto dos fatos como do sistema jurídico. Continuando, se interpretação é criação, do ponto de vista da Nova Hermenêutica, mormente às lições de Gadamer (capítulo anterior), o precedente judicial não poderia ter natureza meramente declarativa. Conclui-se que a natureza jurídica do precedente judicial é sempre criativa. Observe-se, ainda, que, mesmo que a interpretação tenha como conclusão a mera aplicação de um precedente a um caso concreto, essa “ligação” entre um caso e outro é realizada por atividade criativa. A identidade ou similitude entre casos depende da atividade hermenêutica que estabeleça o liame. O esforço cognitivo para encontrar a “ratio decidendi” já é, em si, construção, pois decorre de interpretação.

Quanto ao conceito, pode ser o mais simples possível, a fim de facilitação do desenvolvimento discursivo. Portanto, precedente é a decisão judicial que poderá orientar ou vincular o julgamento dos demais casos considerados idênticos ou semelhantes.

Imprescindível, ainda, delimitar qual precedente judicial interessará ao tema aqui desenvolvido. Realizar o corte epistemológico é necessário, tendo em vista que o estudo da Teoria dos Precedentes, por si só, é extenso. Desse modo, não é possível, nem é objetivo deste trabalho, discorrer detalhadamente sobre os institutos de aplicação e superação nas diversas áreas do Direito. Apenas o que tange à jurisdição constitucional é pertinente.

Entretanto, pelas razões expostas, serão consideradas como precedentes, para fins deste estudo, apenas as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, isto é, no exercício da jurisdição constitucional.

Tal delimitação não se dá tão somente por motivos práticos, tendo em vista à extensão do tema. Trata-se de adequação. É que a assimilação da teoria do precedente judicial, em matéria constitucional, atinge relevância no Brasil, até o presente momento, no que tange às interpretações realizadas pelo STF¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Necessário lembrar que há caso de precedente vinculante em matéria constitucional em decisão não proferida pelo Supremo Tribunal. Trata-se do incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto nos art. 480 e ss. do CPC. A decisão do Pleno do Tribunal sobre a constitucionalidade prejudicial vincula a turma ou câmara em relação àquele julgado específico. Note-se, contudo, que tal previsão não traz maiores complicações, mesmo porque o precedente somente é obrigatório no caso em julgamento. Na realidade, o que ocorre não é claramente a aplicação do sistema *common law*, mas a previsão do sistema para evitar contradição dentro do próprio julgamento. Ocorre que, por exigência constitucional, Cláusula de Reserva de Plenário, a inconstitucionalidade de norma somente

Imperioso lembrar o julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812-1, já comentado no início do capítulo. O Supremo Tribunal Federal tem firmado sua competência em dar a última palavra em matéria constitucional. A propósito, evidencie-se a ementa:

Ementa: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. **Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF.** 5. **A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.** 6. **Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.** 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória. (grifo nosso)

O motivo pelo qual se delimita, aqui, o precedente judicial às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional está exposto na ementa acima. A questão é que não importa se a constitucionalidade foi apreciada pelo Pleno dos Tribunais, ou em qualquer instância, ou mesmo nos Tribunais Superiores. Fato é que o Supremo Tribunal afirma ser sua a última palavra em interpretação constitucional.

O precedente citado diz respeito à ação rescisória, mas nada obsta que se aplique no julgamento de embargos à execução ou impugnação de cumprimento de sentença que utilizou como fundamento interpretação contrária a do Supremo Tribunal, mesmo que a orientação tenha sido fixada depois do trânsito em julgado (art. 741, parágrafo único e art. 475-L, § 1º do Código de Processo Civil).

poderá ser reconhecida nos Tribunais pela maioria absoluta dos membros do órgão especial, Pleno. Desta forma, a Turma ou Câmara, em obediência ao dispositivo constitucional e entendendo pela inconstitucionalidade, remete o julgamento ao Pleno. O julgamento do Pleno sobre a constitucionalidade incidental torna-se parte integrante e indiscutível do acórdão. Desta forma, o julgamento é misto. O Pleno julga o incidente e a Turma ou Câmara julga as demais matérias, respeitando o que foi decidido. Na realidade, a competência é do Pleno e é este o motivo da vinculação. A Turma ou Câmara somente tem competência para decidir pela inconstitucionalidade se o Supremo Tribunal Federal já tiver se pronunciado desta forma, mesmo em controle difuso de constitucionalidade. Afirma-se, aqui, novamente, que o precedente do STF, mesmo não sendo “vinculante”, tem o efeito de desobrigar os órgãos do Tribunal quanto à cláusula de reserva de plenário. A razão é simples. O STF vem afirmando a competência em dar a última palavra em interpretação constitucional.

A denominada “relativização da coisa julgada”, de que são instrumentos a ação rescisória e a impugnação/embargos a título executivo judicial ou extrajudicial inconstitucionais, é um dos motivos pelos quais se delimitam os precedentes às decisões proferidas pelo Supremo. Em matéria constitucional? Sim. Porque o tema concerne à análise da segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional.

Seria contraproducente argumentar a favor da obediência ao precedente judicial cujo núcleo essencial possua natureza constitucional sem que tal decisão tenha sido proferida pela Corte competente. Se cabe ao Supremo a última palavra e se a decisão baseou-se em precedente de outro Tribunal, ainda que anterior à orientação do STF, pode ser rescindida; a obediência ao precedente de Tribunal diverso não garante, em si, a segurança jurídica enquanto previsibilidade. Pode-se dizer, de outro lado, que é preferível seguir a orientação dominante de determinado Tribunal, ainda que não seja o STF, sobre interpretação constitucional, a fim de garantir a uniformidade de decisões ao menos por um tempo determinado. Também é possível argumentar que poucos são os casos, em relação ao total dos casos julgados, que vão até o Supremo pedir a rescisão do julgamento por fixação de interpretação deste em sentido contrário.

Entretanto, se o objetivo é uniformizar o entendimento em matéria constitucional, a obediência aos precedentes do Supremo Tribunal Federal é o caminho para buscar a estabilização e implementação equitativa do Direito Constitucional.

Sobre a importância do precedente na fundamentação das decisões no direito codificado, assevera Tucci:

Já para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar *precedentes*, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática²⁰⁰ atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência.²⁰¹

²⁰⁰ Função de uniformizar a jurisprudência.

²⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 17.

Diante disso, passa-se à compreensão da teoria do *stare decisis* e suas implicações no direito brasileiro contemporâneo.

A doutrina do *stare decisis* fundamenta-se no seguinte brocardo: “*stare decisis et non quieta movere*”²⁰², ou seja, mantenha a decisão e não mova no que foi decidido. Essa é a expressão do sistema do *common law*, o qual obedece à regra do precedente judicial obrigatório (princípio do *binding precedent*). Note-se, como dito, que, no *civil law*, sistema brasileiro, a regra é a de que o precedente judicial é persuasivo e a obrigatoriedade é a exceção.

Entretanto, é preciso deixar claro que, no referido sistema jurídico, o precedente judicial é obrigatório para a Corte, para o tribunal superior que o proferiu, bem como para os tribunais inferiores e juízes ligados a esses tribunais. Portanto, evidencia-se uma estrutura hierárquica funcional articulada na organização dos tribunais.²⁰³ Em virtude disso, afirma-se o efeito interno (*horizontal stare decisis*) do precedente quando a decisão vincula a Corte que a proferiu. Denomina-se efeito externo a vinculação das instâncias inferiores ao precedente proferido por Tribunal que lhe é Superior (*vertical stare decisis*). Deixe-se claro, embora facilmente aferível, que não há vinculação de precedente em sentido vertical inverso, ou seja, as Cortes e Tribunais Superiores não se vinculam às decisões de órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores. Isso não significa que a argumentação esposada em decisão de um juiz não influencie o Tribunal ou mesmo os Tribunais Superiores. O efeito, porém, nesse caso, é apenas persuasivo e não vinculante.

Com base na ideia fundamental da teoria do *stare decisis*, obediência ao precedente, respeitada a estrutura hierárquica referida no parágrafo anterior, impende compreender a dinâmica de aplicação do precedente judicial ao caso em julgamento.

Ao deparar-se com determinado caso, o julgador, no sistema *common law*, identifica os elementos fáticos e as questões jurídicas relevantes do caso em julgamento (o que aqui seria a identificação dos pontos controvertidos); diante disso, busca nos repertórios de precedentes se há algum que se identifique; para tanto,

²⁰² MELLO, Maria Chaves de. *Law dictionary*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 918.

²⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 259-265 e p. 279-283.

necessário interpretar a *ratio decidendi*²⁰⁴ do precedente examinado, bem como se este vem sendo aplicado a outros casos semelhantes que o sucederam.²⁰⁵

O precedente, segundo Tucci, é composto de duas partes: a primeira são as circunstâncias fáticas das quais surge a controvérsia; a segunda é a *ratio decidendi*. O conceito desta última não é unânime perante os doutrinadores que estudam o *stare decisis*. A variação diz respeito ao método com o qual se identifica a *ratio decidendi*.

O conceito escolhido para a presente exposição é o seguinte: *ratio decidendi* é a fundamentação jurídica necessária ao provimento jurisdicional, sem a qual a conclusão da decisão seria outra.

Marcelo Alves D. de Souza cita três teorias que oferecem métodos para identificar a *ratio decidendi*, talvez a tarefa mais árdua na aplicação de precedente vinculante. A teoria clássica, aqui adotada, de Wambaugh, implica alterar-se um fundamento se a decisão se altera, este motivo é a *ratio decidendi*; se não, é apenas *obiter dictum* ou *dictum* (opinião ou declaração expressa pelo juiz na decisão, mas não essencial ao julgamento da causa). Já a teoria de Oliphant propõe a combinação de dois fatores: estímulo e resposta. O citado estudioso conclui que a *ratio decidendi* é uma resposta dos juízes a um estímulo, que são os fatos levados a exame, e defende que as opiniões dos julgadores não são relevantes, mas sim a maneira com a qual decidem o caso. Tal teoria afasta a ideia de precedente como norma geral e abstrata, pois o trata como fato experimental que deve ser estudado empiricamente. Já a terceira teoria, de Goodhart, formula críticas às duas primeiras e sugere que do precedente sejam extraídos primeiramente os fatos relevantes (*material facts*), depois seja analisada a conclusão. Compreende o referido autor que o juiz cria o Direito na escolha dos fatos fundamentais e na motivação sobre a escolha de alguns fatos e não de outros. Da relação entre os fatos relevantes e a conclusão, é extraída a regra jurídica. As proposições afirmadas pelo juiz quanto aos fatos fundamentais são de suma importância. Portanto, essa última teoria também

²⁰⁴ Fundamentos da decisão, segundo dicionário jurídico: MELLO, Maria Chaves de. *Law dictionary*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 872.

²⁰⁵ TUCCI, op. cit., p. 171-172.

acentua como fator essencial para identificação da *ratio decidendi* os fatos da causa.²⁰⁶

A definição, como se vê, realmente está longe de um consenso. Tucci, por exemplo, afirma que *ratio decidendi* é “[...] a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*) [...]”²⁰⁷, adotando, nessa afirmação, portanto, a teoria clássica, ou seja, de Wambaugh. Entretanto, quando prossegue na explicação, o referido autor leciona que a *ratio decidendi* é composta por três elementos: os fatos relevantes, o raciocínio lógico-jurídico e o juízo decisório.²⁰⁸ Com isso, parece concordar com a teoria de Oliphant.

O dissenso doutrinário é plausível. Ocorre que, por motivo pragmático, é necessário optar-se por uma teoria a fim de seguir no estudo dos demais institutos do *stare decisis*. Três são as razões da preferência à teoria clássica para este escrito. Primeiro, porque é a teoria mais aceita²⁰⁹; segundo, porque facilita o desenvolvimento do raciocínio quanto aos demais institutos, tendo em vista ser mais objetiva e clara; e, terceiro, porque, no Direito, o que obriga são normas, princípios e regras; portanto, o que deve obrigar, ou seja, vincular os outros casos deve ser a *rule of law* extraída do precedente.

A confusão doutrinária consiste em diferenciar os elementos de identificação do precedente e do caso em julgamento (técnica de confronto) e *ratio decidendi* (a regra jurídica que vincula). A relevância dos fatos fundamentais escolhidos no precedente e no caso em julgamento é importante para seja averiguada a similitude.

A diferença é que, no precedente, os fatos escolhidos são considerados relevantes pelo juiz que julgou o precedente, enquanto os fatos do caso em julgamento são escolhas do juiz deste.

Acontece que, embora possa um precedente apresentar-se ao julgador como aparentemente similar (paradigma) ao caso sob julgamento, isso não significa que será dada a mesma resposta jurisdicional, necessariamente. Isso porque, em que pese à semelhança dos fatos, o que vincula o juiz é a regra ou princípio jurídico

²⁰⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 125-133.

²⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171-172.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 175.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 175.

em que se funda o precedente. Se a norma extraída do precedente (*rule of law*) for inadequada ao julgamento do caso, então, pode-se concluir que não deve ser aplicada.

Nisso consiste a diferença tão radical entre os dois sistemas, *common law* e *civil law*. Enquanto neste as regras já vêm prontas, expostas e prévias, naquele, o Direito deve ser encontrado, deve ser extraído dos casos já julgados.

Note-se, ainda, que há uma questão interessante acerca desse Direito “espalhado em casos” e a segurança jurídica. Como pode ser mais previsível uma decisão judicial no sistema *common law*? A regra codificada não seria mais segura?

Ora, como descende de uma tradição, ou seja, de Direito vivido, praticado ao longo da história, o Direito consuetudinário é mais conhecido pelo jurisdicionado que o Direito Codificado. A decisão judicial é mais previsível em virtude de uma cultura, de uma mentalidade voltada para preservação do precedente, pelo respeito ao que foi julgado.

De qualquer forma, repise-se, parte-se aqui do pressuposto pelo qual a *ratio decidendi*, isto é, o que vincula os demais julgados, é tão somente a norma jurídica extraída dos fundamentos da decisão e não os fatos relevantes (apesar de importantes como critério de identificação *case to case*).

Ainda como característica do sistema que aplica a *stare decisis*, pode-se lembrar a autorreferência²¹⁰. Em virtude desta, o tribunal, ao julgar com base em um precedente, deve referir-se a este obrigatoriamente. A decisão, em outras palavras, deve citar jurisprudência do próprio órgão julgador ou de Tribunal Superior.

Há, contudo, exceção se, na procura por um precedente semelhante e no confronto *case to case* o juiz não encontrar nenhum caso que considere semelhante, o caso em julgamento será considerado um *hard case* (caso difícil, sem precedentes – contrário de *clear case* – caso com precedente)²¹¹. Note-se, outrossim, que a questão de se considerar precedente encontrado em caso “aparentemente semelhante” como vinculante depende da interpretação realizada pelo juiz da causa sob julgamento da *ratio decidendi* do precedente examinado.²¹² Depende também

²¹⁰ TUCCI, op. cit., p. 171.

²¹¹ Ibid., p. 175.

²¹² TUCCI, op. cit., p. 171-174.

da escolha dos fatos relevantes (*material facts*) do caso a ser julgado, o que também é feito pelo juiz desta causa.

Acontece que, como adverte Robert Alexy, “[...] nunca há dois casos completamente iguais.”²¹³ Em virtude disso, e para afastar a absoluta rigidez da regra geral do *stare decisis*, o que poderia levar a distorções, ou seja, a injustiças, o sistema prevê institutos pelos quais é possível deixar de aplicar o paradigma. A técnica mais utilizada chama-se *distinguishing*.

O referido termo significa distinção e é usado tanto na denominação da técnica de afastamento do precedente como no método de confronto *case to case*, a fim de se verificar a semelhança entre os casos. Para isso, o juiz do caso em julgamento escolhe os fatos relevantes e, com base nestes, a questão jurídica (ou questões) a ser resolvida. Feito isso, passa a buscar, nos repertórios, precedentes que se identifiquem. Isto é realizado confrontando-se os fatos relevantes dos precedentes e as questões jurídicas neles debatidas com os fatos tidos como fundamentais no caso em exame. Ocorre distinção quando não coincidirem os fatos fundamentais de determinado precedente, ou sugerido pela parte ou encontrado pelo julgador como “potencialmente análogo”, com os do caso em julgamento. Se tais fatos do precedente e do caso apreciado são distintos, as questões jurídicas discutidas serão diversas, portanto, inaplicável a *ratio decidendi*.

Outra hipótese de *distinguish (distinguishing)* aceitável na *stare decisis* ocorre quando dois casos, apesar de serem coincidentes em relação a muitos fatos relevantes, um ou alguns fatos, considerados também fundamentais pelo juiz da causa, revelam uma peculiaridade que é determinante para o afastamento do precedente. Desta forma, o precedente seria a regra geral, enquanto o caso a ser julgado será uma exceção em virtude da peculiaridade.²¹⁴ Essa diferença deve ser extremamente relevante para afastar o precedente, ou seja, a diferença apresentada altera o próprio raciocínio lógico-jurídico da regra geral, de modo que a mesma solução não pode ser dada.

Para esclarecer, Mcleod, citado por Marcelo Souza, exemplifica:

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008, p. 265.

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodium, 2008. p. 353.

Em **Bridges v. Hawkesworth** [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em **South Staffordshire Water v. Sharwood** [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público.(grifo nosso)²¹⁵

Note-se que o fato relevante que diferencia o precedente anterior do novo julgamento foi o lugar aberto ao público. O precedente posterior aplicou o *distinguish* justamente porque, ao contrário do que ocorreu no caso paradigma, o local, chão de uma loja, era aberto ao público. Assim, tanto o raciocínio jurídico foi invertido como a solução tomou rumo diametralmente oposto.

Outro caso de aplicação dessa técnica pode ser observado na releitura das súmulas 400 e 343 do STF por esta mesma Corte. Em linhas anteriores, comentou-se que as súmulas continuam válidas para matéria infraconstitucional, somente não se aplicam à interpretação de normas constitucionais. As razões do *distinguish* já foram expostas, mas, apenas para lembrar, se alicerçam na peculiaridade das normas constitucionais. Dois princípios foram invocados na argumentação pelo afastamento dos precedentes que construíram as súmulas: a força normativa da Constituição e a máxima efetividade das normas constitucionais. Outro argumento levado a cabo para justificar a distinção entre admitir-se a aplicação contraditória de normas infraconstitucionais e a inaceitável contradição no que concerne às normas constitucionais foi a instabilidade em maior grau provocada pela aplicação díspar das interpretações constitucionais da Suprema Corte pelos demais Tribunais. Foi dito que cabe à Suprema Corte a última palavra em interpretação constitucional.

O Ministro Relator Gilmar Mendes considerou, ainda, que, sendo a Constituição Republicana o referencial normativo que dá suporte a todo o sistema jurídico, há de se resguardar a estabilidade através da garantia de aplicação uniforme da interpretação constitucional realizada pela Corte Constitucional. O fator de fundamental diferença, justificador do *distinguish*, foi o que, em relação a normas

²¹⁵ MCLEOD (1996, p. 146): “In **Briges v. Hawkesworth** (1985) LJ 21 QB 75, a customer was held to be entitled to keep money which he had found on the floor of a shop. By way of contrast, in **South Staffordshire Water Company v. Sharrwood** (1896) 2 QB 44, the finder of two gold rings in the mud at the bottom of a reservoir was held to be not entitled to retain them, because the site of the finding had not been open to the public”. Apud: SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143.

infraconstitucionais, já há certo grau de instabilidade na interpretação contraditória destas normas, mas isso se justifica por razões de segurança jurídica, resguarda-se a coisa julgada. Entretanto, quando o Supremo Tribunal fixa uma interpretação constitucional, esta é o próprio texto constitucional, integra a literalidade. Trata-se apenas de “revelação”, ou seja, “esclarecimento” (sem deixar de ser construção do ponto de vista da Nova Hermenêutica e do Desenvolvimento Judicial do Direito).

Assim, a aplicação contrária a essa interpretação é a violação do próprio texto constitucional. Como a Constituição é fundamento de validade do sistema jurídico, a dúvida na aplicação dos preceitos normativos gera dúvida quanto à validade do próprio sistema jurídico. Conclui-se, por fim, que a aplicação não uniforme em matéria constitucional compromete todo sistema jurídico e, por isso, não é aceitável.

O risco de falência do sistema sobrepõe-se ao respeito à coisa julgada do caso que será submetido à ação rescisória. Veja-se que há uma ponderação de valores. No *distinguish*, surge determinado fato ou contexto que impulsiona o questionamento; não da própria validade do precedente, mas de sua aplicabilidade para o caso em questão. Cria-se, portanto, uma exceção à regra; justamente o que aconteceu com as súmulas 400 e 343, que continuam em vigor para normas infraconstitucionais, mas sua incidência foi restringida, pois deixou de ser aplicável no âmbito da interpretação constitucional.

Impende considerar que não apenas o surgimento de um fato extra, cuja relevância é capaz de inverter o raciocínio jurídico realizado no precedente, gera hipótese de *distinguish*. Há casos em que a ausência de algum fato fundamental, determinante para solução da controvérsia, tal como foi resolvida no precedente, revela a necessidade da adoção da técnica, pois a mesma conclusão é juridicamente impossível ou inadequada (incorreta ou injusta). Desta feita, tanto o acréscimo de elemento fundamental como a subtração deste podem levar o juiz a utilizar o *distinguishing*.

Além dos denominados *material facts*, outro motivo que pode levar ao afastamento do precedente é a alteração das circunstâncias nas quais o precedente foi proferido. Nesta linha, se as circunstâncias em que o caso em julgamento sofreram alteração substancial, de modo a evidenciar a diferenciação no rumo decisório, tal aspecto deve ser considerado pelo juiz da causa. A doutrina da

alteração das circunstâncias fundamenta-se na seguinte premissa: *cessante ratione, cessat ipsa lex* (cessando a razão, a lei cessa de imediato).²¹⁶

Ressalte-se que não apenas as circunstâncias fáticas, como, por exemplo, a conjuntura econômico-social, momentos históricos excepcionais (guerra, estado de sítio e de calamidade pública), entre outros, são capazes de promover o afastamento do precedente obrigatório. A alteração da valoração das circunstâncias também promove o afastamento do precedente. Consideram-se como tal a mudança de paradigmas culturais, novos princípios jurídicos extraídos de outros precedentes, enfim, tudo o que é natural ao próprio desenvolvimento do Direito.

Sobre a mudança na valoração das circunstâncias, pondera Alexy:

É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente.²¹⁷

Vale observar que o princípio da universalidade a que se refere Alexy parte da Teoria de Hare sobre a Argumentação Moral. Significa que todos os casos semelhantes quanto aos aspectos relevantes devem ser tratados como iguais. Portanto, a exigência de justiça formal passa a ser o tratar igualmente os iguais.²¹⁸ Contudo, a grande questão que até o momento é rediscutida é a de que não existem critérios objetivos para se aferir o que são “aspectos relevantes”, quer dizer, fatos fundamentais, circunstâncias relevantes, *material facts* ou qualquer outra denominação. Tal escolha depende da opção hermenêutica adotada pelo julgador do precedente e do caso em julgamento. Sempre haverá a margem de discricionariedade no objeto cultural que é o próprio Direito, ou sistema jurídico.

Retornando à alteração da valoração das circunstâncias, nada mais é do que a mudança do paradigma valorativo com reflexões no sistema jurídico. A introdução da moralidade dar-se-á no sistema jurídico pelos princípios, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e demais técnicas sem as quais o Direito estaria engessado e fadado à falência.

²¹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 145.

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008. p. 265.

²¹⁸ ALEXY, op. cit., p. 80-99.

Se o Direito é um instrumento de viabilidade da vida em sociedade, pois estabiliza expectativas, orienta condutas congruentemente, e se as relações sociais são dinâmicas, sendo que a própria cultura social muda, por mais tradicional que seja a sociedade, não é possível conceber tal sistema como cristalizado. Neste ponto, também reside a dificuldade. O Direito, ao mesmo tempo em que precisa gerar segurança, estabilidade, previsibilidade de respostas institucionais, deve acompanhar a dinâmica dos processos de mudança estrutural (social, cultural e econômica) da sociedade que rege, sob pena de ser ineficaz para orientar as condutas. A medida do equilíbrio entre a necessária estabilidade e a pretensão de atender às novas demandas sociais está longe de ser encontrada. Este contexto torna-se ainda mais complexo diante da inegável judicialização de conflitos. Tais problemas, principalmente quando postos à jurisdição constitucional, ultrapassam muito a chamada técnica jurídica. Exigem do julgador e, aqui, do Supremo Tribunal, enquanto Corte Constitucional, uma cosmovisão voltada à resolução de conflitos sociais valorativos em uma sociedade complexa na qual a Constituição Republicana garante a diversidade.

Todo esse raciocínio é imprescindível para avaliar a aceitabilidade de *distinguish* por alteração de paradigma valorativo, seja “puramente” moral, ou incorporado em norma jurídica na forma de princípio. Isso porque, caso a alteração tenha se dado no sistema jurídico por meio de regra, seja por precedente obrigatório ou lei, não é necessário o *distinguish*.

Por mais que possa parecer uma fuga à regra do precedente obrigatório, o *distinguishing* aplicado em razão da mudança paradigmática valorativa decorre da necessidade de adequação da norma às transformações de valores sociais. Essa possibilidade traz o benefício de preservação do precedente e, ao mesmo tempo, satisfaz a pretensão de correção da decisão judicial. Por outro lado, oferece perigo, qual seja, caso utilizado de maneira errônea e exagerada, trará incerteza, desconfiança e implicará na aplicação não uniforme de normas e, portanto, fulmina a aspiração de justiça enquanto equidade.

Ante o inevitável impasse, Alexy propõe a regra da carga da argumentação, invocando o princípio da inércia de Perelmann. Deste modo, o autor pondera sobre a necessidade de considerar qualquer circunstância – inclusive a alteração da

valoração das circunstâncias – para satisfação da pretensão de correção e que esta correção em si pressupõe obediência à universalidade (tratar igualmente os iguais).

Nas palavras de Alexy:

Mas a exclusão de qualquer mudança²¹⁹ seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso.²²⁰

A satisfação simultânea do princípio do *stare decisis* e da pretensão de correção das decisões exige, nos termos propostos por Alexy, adotados nessa exposição, a obediência à regra da carga de argumentação. Esta, claro, deve conter potencial de convencimento suficiente para justificar o afastamento do precedente.

Contudo, mesmo diante de tal exigência, sempre existirão julgadores cuja opção hermenêutica é mais conservadora, ou seja, tendem a manter o precedente, e outros são frequentemente tentados a se afastar do paradigma e aplicar o *distinguish*.

Para aqueles que se posicionam pela preservação do precedente, a tendência é aplicá-lo, mesmo diante das peculiaridades apresentadas pelo caso em julgamento. Assim, o juiz realiza uma interpretação ampliativa da *ratio decidendi* (*ampliative distinguishing*), de modo a adequar a situação à tese jurídica adotada pelo precedente.

De outro modo, quando o julgador interpreta restritivamente a *ratio decidendi* (*restrictive distinguishing*), afasta o precedente e, assim, a sua obrigatoriedade (vinculação à tese jurídica – norma – adotada), em razão das peculiaridades do caso. Com isso, o julgador entende que o precedente não é aplicável pela distinção (*distinguish*) em confronto com o caso em julgamento. Para Alexy, essa opção hermenêutica requer que seja assumido o ônus da carga de argumentação. Desse

²¹⁹ A mudança a qual se refere Alexy também engloba a alteração de valores.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008. p. 265.

modo, o julgador deve apresentar motivos suficientes para deixar de aplicar o entendimento anterior (princípio da inércia).

O instituto (*distinguishing*), manejado corretamente, sem abusos, é um instrumento imprescindível à flexibilização normativa no *common law*. Mesmo no *civil law*, em se tratando da aplicação de precedentes persuasivos, a obediência cega ao precedente leva a distorções.

Larenz afirma que é tarefa da jurisprudência a adoção e conformação de novas ideias jurídicas.²²¹ Tal não seria possível sem a previsão de técnicas de adequação, inclusive em razão da diferença de contexto – espaço e tempo – em que foi proferido o precedente. Sobre isso, adverte o autor:

Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo cegamente o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica em seu conjunto.²²² [como o texto está]

A primeira parte, ou seja, negar a aplicação do precedente por considerar incorreto somente é permitido no *common law* pelo Tribunal que proferiu o precedente, caso pretenda revogá-lo (*overruling*). Tal instituto será abordado posteriormente.

Feita essa observação, impende observar, neste momento, que é possível aplicação de *distinguish* se o julgador argumentar que o momento no qual foi proferido o precedente era diverso e, portanto, a solução jurídica dada atribuiu-se aos valores jurídicos da época que já não são os mesmos. Por isso, frente a atuais valores jurídicos, a mesma conclusão não é possível. Note-se que ocorreu uma mudança na própria normatividade. No sistema *common law*, essa alteração pode ser indicada pelo conjunto de princípios desenvolvidos em outros precedentes e que indicam o abandono das ideias anteriores em torno das quais o caso paradigma foi proferido. No *civil law*, a alteração de paradigmas valorativos pode ser indicada por novas leis, mas também por sinalização jurisprudencial.

²²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 519.

²²² *Ibid.*, p. 612.

Sugere-se aos juízes, mesmo os da *civil law*, atenção na aplicação dos precedentes, sejam persuasivos ou vinculativos. A permanência de entendimento alheio às mudanças sociais pode ser tão desastrosa quanto à alteração desnecessária do precedente. Por isso, conclui Karl Larenz: “[...] nenhum juiz é obrigado a seguir irreflectidamente um precedente, seja o seu próprio, seja o de outro tribunal.”²²³

Ademais, a evolução do Direito surge no enfrentamento, caso a caso, de novas questões que, muitas vezes, demandam resolução diversa. A solução dada pelo precedente pode ser ou insuficiente ou inadequada. Desta forma, a reflexão acerca do caso e de tudo o que foi até então julgado em contraposição aos novos desafios mantém o Direito como instrumento hábil à regulação social.

Acerca da problemática, esclarece Inocêncio Coelho:

Por tudo isso, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos intérpretes-aplicadores – e não aos legisladores – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as ideias cristalizadas, até porque, via de regra, não passam de preconceitos coletivos, frutos dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem vôos mais arrojados.²²⁴

Contudo, o *distinguish* não é o único instrumento que possibilita o afastamento do precedente. O juiz, no sistema *common law*, somente está vinculado à *ratio decidendi* e não à decisão judicial. Assim, a “falta de *ratio decidendi* discernível”²²⁵ torna o precedente tão somente persuasivo, ou seja, este perde a obrigatoriedade.

A doutrina aponta problemas na identificação da norma jurídica obrigatória. São elas: decisões *per incuriam* (por incúria); múltiplas razões divergentes (*dissenting* ou *dissent*) na mesma decisão do órgão coletivo; ausência de

²²³ LARENZ, op. cit., p. 615.

²²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

²²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 138.

fundamentação clara ou suficiente; decisões contraditórias de órgãos judiciais diferentes de mesma hierarquia²²⁶.

Decisões *per incuriam* são, segundo Marcelo Souza, as que foram proferidas “[...] na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei relativos ao caso.”²²⁷

Ignorância significa não conhecimento, ou seja, o juiz ou tribunal não tinha ciência da existência do precedente ou da lei e, em razão disso, chegou à determinada conclusão. As decisões *per incuriam*, portanto, não são consideradas precedentes obrigatórios, logo, não devem ser seguidas. Não obstante, em qualquer hipótese, aqueles que pretenderem assim definir a decisão devem demonstrar que resultado diverso teria o caso se o órgão julgador tivesse conhecimento do precedente obrigatório ou da lei.

Do mesmo modo, para que um precedente vincule é preciso ser identificada a *ratio decidendi*. Se a decisão não traz fundamentação clara, isto é, seja difícil extrair a norma jurídica, diz-se que a *ratio decidendi* não é discernível, sendo considerada inexistente. Portanto, a ausência de *ratio decidendi* discernível torna o precedente não vinculante.

Outras duas situações são apontadas pela doutrina como exceções à regra geral do precedente vinculante. A primeira é a decisão que apresenta *dissenting opinion* (opiniões divergentes) e ocorre quando os juízes do tribunal, apesar de chegarem ao mesmo resultado, divergem quanto à fundamentação. Assim, não é possível definir a *ratio decidendi*. A impossibilidade de descoberta da norma jurídica do caso (*discoverable ratio*) faz com que a decisão não possua caráter vinculante.

Diversa, contudo, é a hipótese em que o tribunal invoca várias razões (*ratio*) para resolução do caso. Há quem compreenda que o tribunal estaria autorizado a escolher qualquer delas ou algumas como vinculantes.²²⁸ Entretanto, o entendimento majoritário é o de que todas as razões são vinculantes.²²⁹ Notável o fato de que as opiniões dissonantes constituem sinalização de reflexão dos

²²⁶ Ibid., p. 137-148.

²²⁷ Ibid., p. 146.

²²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 178.

²²⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 138.

paradigmas, o que pode redundar em mudança no entendimento até então consolidado.²³⁰

A última hipótese mencionada pela doutrina²³¹ cuida de decisões com *ratio* contraditória, proferidas por órgãos jurisdicionais de hierarquia equivalente. A regra geral é que prevalece a última decisão, principalmente se, na fundamentação, foi discutido o precedente anterior, contraditório. Entretanto, na hipótese de a última decisão ter sido tomada por desconhecimento do precedente anterior, portanto, *per incuriam*, não é vinculante, o que remete à permanência da obrigatoriedade do precedente anterior. A situação é complexa e exige do juiz do caso em julgamento apreciação cuidadosa das decisões contraditórias e, fatalmente, carga de argumentação maior para justificar a escolha de um dos precedentes como obrigatório.

A despeito da importância da *ratio decidendi* em relação às *opinions* ou *speeches* no sistema do *common law*, estes últimos não tendo efeito vinculante, são considerados parte do precedente, podendo, entretanto, ser invocados como argumentos diante do caráter persuasivo, sendo imprescindíveis à evolução judicial do Direito. A opinião dissonante, por exemplo, é responsável por levantar reflexões relevantes acerca do entendimento consolidado. A unanimidade não significa, necessariamente, o consenso pressuposto, mas pode ser fruto de passividade, comodidade ou mesmo imposição da autoridade que possui a posição firmada. Ocorre que, em certo momento, a posição merece revisão. Essa reflexão pode decorrer de alterações circunstanciais tanto fáticas como valorativas ou mesmo da conclusão acerca das consequências advindas da decisão paradigmática.

Nesse momento é que as opiniões isoladas apontam para necessárias mudanças, sugerindo a correção de equívocos ou mesmo provocando a revogação do precedente.

A teoria do *stare decisis* prevê instrumento construído por entendimento pretoriano pelo qual o precedente é superado e substituído por outro, ou seja, é revogado. Admite-se, portanto, a revisão do caso anterior. Contudo, apenas as Supremas Cortes podem utilizar este expediente denominado *overruling*. Por tal instituto, a Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA) e a *House of Lords* (Inglaterra)

²³⁰ TUCCI, op. cit., p. 177-178.

²³¹ SOUZA, op. cit., p. 147.

podem rejeitar o precedente anterior, demonstrando, por fundadas razões, que a decisão foi equivocada. Deste modo, profere nova decisão que substituirá o precedente anterior revogado (*overruled*).

Assim, *overruling* elimina o efeito vinculante do precedente substituído (*overruled*) e não apenas deixa de aplicá-lo ao caso em julgamento mediante interpretação distintiva (*distinguish*). Se a Corte pretende que o precedente seja preservado, ou seja, considera-o ainda correto, mas não aplicável ao caso em exame, faz a distinção, mediante a técnica *distinguish*. Enquanto esta última preserva o precedente, o instituto *overruling* elimina (supera, revoga).

A aplicação do *overruling* exorta medida extrema. O princípio da segurança jurídica e a confiança que os jurisdicionados depositam nas Supremas Cortes devem ser preservados, e estes fatores devem ser considerados na análise da proposta de revisão do entendimento consolidado. Tal mudança não pode ser fruto tão somente da alteração na composição dos juízes integrantes. Em resumo, a revogação de um precedente obrigatório somente pode ser levada a cabo quando a Corte estiver convencida de que a decisão não pode mais ser preservada.

Evidencia Reynolds:

O primeiro passo, é claro, requer que o juiz determine que a regra anterior foi um erro ou que a sociedade mudou desde que foi anunciada, ou que a nova regra simplesmente funciona melhor. [...] O fato de chegar-se à conclusão de que o estabelecimento de uma nova regra serve melhor à sociedade, embora seja isso necessário para a decisão de revogar um precedente enseja considerações acerca de outros interesses sociais e acerca da suficiência desses interesses para ensejar adesão a uma decisão 'errada'.

O principal fator a ser considerado na determinação de se revogar o precedente é o valor de um regime de ***stare decisis***, como foi discutido anteriormente (§4º.11). Toda revogação requer que um preço seja pago: perda de estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema, redução na possibilidade de previsão. Uma corte deve analisar estes fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação. Embora alguns dos fatores a serem considerados sejam apenas relativamente determináveis em seus efeitos, a análise cuidadosa pode ajudar a resolver alguns dos problemas.²³²

²³² "The first step, of course, requires the judge to determine that the old rule was a mistake, or that society has changed since it was announced, or that the new rule simply works better. Here the judges use the techniques discussed in Part C of this Chapter. Although deciding that establishing a new rule would better server society is necessary to the decision to overrule, it is not in itself sufficient; the larger question of whether to overrule requires consideration of other societal interests, and whether those interests are sufficient to require adherence to are 'wrong' decision.

The major factor to be considered in determining whether to overrule precedent is the value of a regime of ***stare decisis*** as discussed earlier (§ 4º.11). Every overruling requires that a prince be paid: loss of stability and confidence, damage to the efficiency of the system, reduction in predictability. A

Algumas razões foram, portanto, apontadas por Reynolds (citado por Marcelo Souza). Assim, ou o precedente é incorreto, do ponto de vista ‘técnico’, ou seja, fere conceitos dogmáticos ou os limites aceitáveis da interpretação, ou, ainda, não se reveste de aceitabilidade racional ante a insuficiência argumentativa; ou é injusto, e, aqui, surge o juízo valorativo. Tais causas podem ensejar a alteração legítima do precedente.

O paradigma, ainda, pode estar desatualizado diante das transformações sociais, políticas e econômicas, ou seja, não mais se insere no contexto em que os casos ora se apresentam.²³³ Note-se que não apenas a alteração fática, mas também e, sobretudo, valorativa. Em linhas anteriores, foi discutida a mudança dos paradigmas jurídicos a fim de se justificar a aplicação do *distinguish*. Os mesmos fundamentos podem ser utilizados para a determinação do *overruling*.

É possível argumentar, também, pragmaticamente, afirmando-se que o precedente é inexecutável ou que as consequências sociais dele advindas são prejudiciais a qualquer dos sistemas sociais: político, econômico e jurídico. Assim, a deliberação a favor da revogação deve ponderar fatores extrajurídicos.

Em qualquer caso, a superação do precedente demanda maior carga de argumentação. Devem ser demonstrados o erro ou prejuízo e a vantagem da adoção da nova regra. Isso porque o princípio de inércia, já referido, regra básica da argumentação, orienta que a mudança deve ser sempre justificada, enquanto a continuação, a permanência da situação existente carece de maior carga argumentativa.

Reynolds ainda alerta para a necessária ponderação a ser realizada pelo tribunal, que pesará as perdas e os ganhos na revogação do precedente, considerando que sempre haverá perda na estabilidade do sistema, na confiança depositada no tribunal e diminuição da previsibilidade das decisões judiciais. Este último fator implica insegurança na orientação de condutas. Enfim, o impacto nas relações jurídicas, mormente se atingidas de algum modo pelo resultado da decisão,

court must analyze these factors so that it can cast a balance on the profit or loss to be gained from overruling. Although some of the factors to be considered are relatively determinate in their effect, careful analysis can help resolve some of the problems.” (REYNOLDS, 1991, p. 169 apud SOUZA, 2008, p. 151). SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 151.

²³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 618.

é inegável. Claro que não se pode argumentar, com base na segurança jurídica, que uma injustiça evidente se perpetue *ad infinitum* ou que o precedente, que anteriormente era idôneo para regular com justiça a relação, agora gere dúvida e distorção e ainda assim deve ser mantido a todo custo. Tal não é admissível.

Impende advertir que a segurança jurídica é imprescindível para a manutenção das tratativas humanas, mas, se o jurisdicionado não tiver a segurança de que, caso seja injustiçado, mesmo que a ação ilegítima esteja vestida sob o manto da legalidade, tem a possibilidade de recorrer ao judiciário para reparar o erro, a desconfiança generalizada impossibilitaria até mesmo as ações rotineiras.

É evidente que o jurisdicionado não tem conhecimento de todos os precedentes vinculantes nem de toda a legislação. O que faz as pessoas respeitarem as normas que, geralmente, são dirigidas ao que se imagina ser correto é o que Karl Larenz denominou “convicção jurídica”. Trata-se de princípios ético-jurídicos concretizados em casos e incorporados no sistema jurídico. Segundo esse autor, o fundamento do Direito Consuetudinário é essa “consciência jurídica geral” expressa no uso contínuo dessas regras com as quais correspondem com o que é decidido na jurisprudência predominantemente aceita, com a ‘literatura’ jurídica e com o que a opinião pública entende que deve ser “Direito”.²³⁴ Em resumo, é um conjunto de normas construídas pela tradição ético-jurídica.

Nessa linha de raciocínio, como o precedente vinculante exorta princípios já incorporados na convicção daquilo que é jurídico (ao menos no Direito Consuetudinário), a superação do precedente deve refletir a inadequação da regra frente à nova estrutura social e jurídica; além disso, o ganho com a mudança deve ser superior à diminuição da confiança no sistema, que é inevitável, em maior ou menor grau.

Celso de Albuquerque Silva traz formulação de Melvin Aron Eisenberg sobre aquilo que seria o “princípio básico de *overruling*” em dois requisitos cumulativos, os quais justificam a invalidação do precedente vinculante.

Para melhor esclarecer, citem-se as palavras de Albuquerque Silva:

A doutrina vinculante deve ser invalidada se, concomitantemente a) não satisfaz mais as exigências de congruência social e consistência sistêmica e b) os valores que legitimam o efeito vinculante, tais como proteção de

²³⁴ LARENZ, op. cit., p. 616.

justificável confiança, defesa contra injusta surpresa, previsibilidade, isonomia etc. [...], não são melhor servidos pela preservação do que pela sua invalidação.²³⁵

Vale observar que o *overruling* não se confunde com o *overriding*²³⁶ nem com o *reversal*. *Overriding* é a revogação parcial da norma jurídica expressa na fundamentação do precedente obrigatório. Desta forma, o caso posterior que determine a redução da incidência da *ratio decidendi* caracteriza-se como *overriding*. Essa revogação parcial ocorre pela contrariedade parcial frente à nova regra ou princípio estabelecidos na decisão posterior. Assim, ambas as normas jurídicas são mantidas, mas a anterior é restringida.

Quanto ao instituto *reversal*²³⁷, é tão somente a reforma da decisão por tribunal hierarquicamente superior, não demandando mais comentários, pois este é semelhante ao recurso brasileiro.

Retomando o instituto *overruling*, classifica-se em dois tipos quanto à clareza da revogação: *express overruling* e *implied overruling*. A primeira espécie é a recomendável, ou seja, o tribunal expressamente revoga a *ratio decidendi* do precedente anterior. A segunda hipótese, embora considerada pela doutrina como excepcional, de fato acontece quando um precedente posterior adota posição jurídica contrária ao paradigma. Nesse caso, considera-se o precedente anterior implicitamente revogado se a decisão revogadora, claro, partir da Suprema Corte em relação à decisão de tribunal hierarquicamente inferior ou na revisão de seus próprios julgados.

Quanto aos efeitos, os do *overruling*, em regra, são retrospectivos (*retrospective overruling*). Desse modo, atingem os casos que aguardam julgamento, aplicando-se, portanto, a fatos anteriores à nova regra.

Contudo, há a possibilidade de a Corte atribuir à nova decisão efeitos *ex nunc*, prospectivos (*prospective overruling*). Desta feita, o precedente revogado continuará válido para fatos ocorridos até a revogação.

²³⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 267.

²³⁶ *Ibid.*, p. 296.

²³⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 153.

Anota-se, ainda, na doutrina, o *anticipatory overruling*. Cuida-se de técnica desenvolvida pelas cortes norte-americanas, que utilizam as *opinions* advertindo à comunidade jurídica sobre uma possível mudança de rumo de posicionamento. O alerta não provoca *overruling* nem mesmo *overriding*. Aí surge um dos elementos de maior importância dos *speeches* (ou *opinions*), que, embora sem eficácia vinculante, possuem valor persuasivo e sinalizador ao menos da necessidade de revisão do entendimento firmado. A doutrina compreende essa técnica como um melhoramento do *prospective overruling*, por atender simultaneamente à segurança jurídica, ao necessário desenvolvimento do direito e à justiça, vista como “justeza” da norma jurídica ao caso contexto (espaço e tempo), observada também sob o ângulo valorativo da época do julgamento (ética referida à história).

3.2 Modulação efeitos das decisões judiciais

Essas últimas espécies de *overruling* remetem ao problema da revogação do precedente e do inegável impacto na “confiança fundada” no Direito como instrumento social estabilizador de expectativas e no Poder Judiciário enquanto assegurador das justas expectativas.

É por essa razão que o Direito, com base no entendimento pretoriano e fundamentalmente em preceitos desenvolvidos no sistema *common law*, apresenta uma solução sistêmica para compatibilizar a segurança jurídica com a inevitável evolução jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26603, enfatizou a importância da modulação dos efeitos de seus precedentes. Isso em atenção ao fato de que a revisão da jurisprudência consolidada gera impactos no princípio da segurança jurídica com reflexos na confiança do jurisdicionado nas ações da Justiça. A Ementa sintetiza esse entendimento após apreciar as questões propriamente meritórias. Necessária a transcrição para esclarecimento, mas no que concerne à modulação de efeitos, destacou-se, para facilitação. Assim, observe-se:

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS -

RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. - A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional -

tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL". - O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República. - O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. - A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO. - A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). - O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que

o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições. **HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO.** - O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso). **A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.** - O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90. - Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.** A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. **REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.** - Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o

reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (grifo nosso)²³⁸

[MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318]

A segunda parte da ementa (grifada) aplica a teoria do *stare decisis* no que se refere ao *prospective overruling*.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, alertou para necessidade da modulação de efeitos em respeito à segurança jurídica. Ponderou sobre as consequências fatalmente advindas da mutação constitucional, imprescindível à evolução jurisprudencial e à própria preservação do texto Constitucional.²³⁹

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(26603.NUMERO.%20OU%2026603.ACMS.\)&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(26603.NUMERO.%20OU%2026603.ACMS.)&base=baseAcordados)> Acesso em: 10 fev. 2010.

²³⁹ *Ibid.*

Gilmar Mendes identificou o caso como típico de mutação constitucional e lembrou da praxe de modulação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal, em respeito à segurança jurídica.²⁴⁰

O citado Ministro sugeriu, ainda, que fossem atribuídos efeitos prospectivos, argumentando que a repercussão no plano material seria inegável, bem como nos processos em geral, sobretudo na esfera constitucional.²⁴¹, lembrando, também, que, no caso de controle difuso de constitucionalidade, não se tratava da aplicação por analogia do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Assim fundamentou seu voto:

[...] não se trata aqui da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que permite ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, dar efeitos prospectivos às suas decisões.²⁴²

Gilmar Mendes, na posição de doutrinador e de Ministro do Supremo Tribunal, defende a aplicação de institutos como o da teoria do *stare decisis*, pois não são incompatíveis com o nosso sistema.

Como doutrinador, conclui que o modelo de controle difuso de constitucionalidade não é incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. Para tanto, cita a experiência norte-americana:

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*propective overruling*), que também pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicados aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.

Conclui-se pelo caso ora comentado, MS 26.603 /DF, que os institutos do *propective overruled* foram aplicados. Desta feita, torna-se impossível negar que a teoria do precedente judicial não se aplica ao sistema brasileiro. A interseção dos sistemas não é apenas inegável como também inevitável. Aliás, desde a previsão de vinculação da decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a miscigenação sistêmica ficou indubitável.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Ibid.

A equiparação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade opera-se da mesma maneira que a aplicação dos institutos do *stare decisis* no *civil law*. A propósito, observando o Brasil, os Estados Unidos e a Inglaterra, é possível concluir que a separação pura dos sistemas nunca existiu. Todos os países possuem, se não codificação, ao menos regulação, ou seja, normas escritas. Nos três citados países, em maior ou menor grau, os juristas sempre recorreram à jurisprudência como argumentação, ainda que suplementar. A vinculação ou não ao precedente, conforme visto – em razão das aberturas no sistema *stare decisis* –, se dá mais em virtude da tradição do que propriamente da obrigatoriedade. O juiz pode afastar o precedente obrigatório no *common law* de modo muito semelhante com o que ocorre no *civil law*. Ante a variação de fatos, é inquestionável a flexibilidade propiciada pelas técnicas de afastamento.

Isso tudo leva o Direito a clamar pela observância da coerência sistêmica, pela preservação da confiança, pela atenção à consistência das decisões.

O *overruled* não deve ser utilizado com tanta constância, principalmente sobre o mesmo tema, porque a estabilidade é uma das funções precípuas do Direito, enquanto instrumento social. Ademais, o impacto das frequentes mudanças na jurisprudência, principalmente em matéria constitucional, provoca danos profundos no sistema. No entanto, o argumento de Soletto, citado por Marcelo Souza, de que o *overruling* é uma declaração pública, no sentido de que todos os casos que seguirem o precedente foram decididos por erro, ou foram contrários ao Direito, não parece ser correto.²⁴³

Como dito, existem várias razões para mudança de paradigma, uma delas, em alguns casos, o tribunal pode chegar a afirmar que a decisão foi tomada apressadamente ou sem o exame mais aprofundado da matéria. Mas afirmar que o *overruling* se resume à confissão de erro do Judiciário é assertiva que limita o instituto a uma de suas hipóteses.

A esse respeito aludiu o Ministro Gilmar no voto ainda do MS 26.603/DF:

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara desta forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o

²⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 150-151.

ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem traduzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos *legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswdrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.²⁴⁴

Realmente, pelas razões acima expendidas, essa orientação tradicional é comportável em tese, ou seja, em sede doutrinária. Quando a questão é tratada à luz de um caso concreto, sob o ponto de vista pragmático, é preciso proteger a justa expectativa daqueles que se orientaram de acordo com a jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional. Não se pode negar que o ato cometido de acordo com o entendimento da época deve ser examinado sob esse prisma, salvo, logicamente, comprovada má-fé, isto é, abuso de direito. Existem casos, e inegavelmente de difícil comprovação, em que algumas pessoas aproveitam-se da orientação pretoriana respeitada (principalmente quando esta advém da Suprema Corte) para salvaguardar atos ilegítimos. Não é concebível que se tire proveito do princípio da segurança jurídica para proteção de atos ilícitos cometidos intencionalmente, com a consciência de tal ilegitimidade. Aqui, a diferença entre a legalidade e a legitimidade torna-se clara. A própria Teoria do Abuso do Direito veio para socorrer essa falha sistêmica.

Karl Larenz trata o assunto e traz o exemplo do Supremo Tribunal Alemão:

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma mudança da jurisprudência pode dar lugar ao desaparecimento da base do negócio jurídico, quando as partes de um acordo partiram, em consonância, da situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior. Mas recusou, com razão, somente porque as partes do respectivo processo tinham confiado na sua subsistência. No entanto, declarou possível aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que hão de ter-se em conta no caso de leis retroativas, 'uma vez pressuposto que tal analogia era obrigatória dado o estado das coisas'. Mas, no caso concreto, não se quis abster de aplicar à situação de fato pretérita uma interpretação que estava em contradição com a jurisprudência anterior. Também, o Tribunal Constitucional Federal considera que os princípios de proibição da retroatividade das leis não poderiam estender-se, sem mais, às resoluções dos tribunais. 'Isto conduziria a que os tribunais houvessem de estar

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(26603.NUME.%20OU%2026603.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(26603.NUME.%20OU%2026603.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 10 fev. 2010.

vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas.²⁴⁵

É por essa razão que a modulação dos efeitos na mudança de interpretação pretoriana não deve ser obrigatória. O Tribunal, diante das circunstâncias evidenciadas no caso concreto, deverá apreciar a conveniência e oportunidade quanto ao momento da fixação dos efeitos. Podem estes ser prospectivos desde a publicação do julgado ou a Corte pode entender por aguardar uma transição para completa adaptação do novo entendimento, assemelhando-se ao período da “*vacatio legis*” (aplicação prospectiva a termo)²⁴⁶ ou mesmo considerar que, diante da manifesta intenção da Corte em outros julgados apontando para necessidade de reflexão e possível alteração do posicionamento, a esfera pública e a comunidade jurídica já estavam suficientemente alertadas e, assim, fixar data anterior ao julgamento, quando foi anunciada a possibilidade de alteração.

Nessa última hipótese, o Tribunal aplicaria a técnica da sinalização ou aviso (*anticipatory overruling*), já comentada em tópico anterior, na classificação das espécies de *overruling*. Retomando esse assunto, em que pese à denominação doutrinária, esse instrumento pretoriano não se trata de revogação, mas apenas de alerta à comunidade jurídica, bem como aos jurisdicionados, pois são orientados por advogados (membros da comunidade jurídica).

Ocorre quando o Tribunal segue um precedente obrigatório na fundamentação (*ratio decidendi*), bem como na conclusão, mas quando são proferidos os votos, os juízes expressam suas *opinions* (entendimentos sem caráter obrigatório) no sentido da necessidade de reexame da regra ou sinalizando, desde já, a intenção de alteração do rumo decisório.

Cuida-se de um procedimento moderno e avançado no que diz respeito à modulação de efeitos. Deste modo, se o Tribunal conferir efeitos retrospectivos à decisão ulterior que revogar o precedente (*retrospective overruling*), não ferirá o princípio da não surpresa. Da mesma maneira, evita o abuso de direito, ou seja, que pessoas se aproveitem da falha sistêmica auferindo vantagem ilegítima e aleguem,

²⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 617-618.

²⁴⁶ SOUZA, op. cit., p. 161-164.

para manutenção do *status quo*, o argumento da quebra da confiança. Na prática, o aviso elimina ou, ao menos, enfraquece a argumentação da confiança fundada no precedente anterior. Desse modo, quando a questão for novamente levada ao Tribunal, os efeitos atribuídos podem ser retrospectivos à data em que foi sinalizada a possível alteração jurisprudencial.²⁴⁷

A modulação de efeitos pode se dar sob ângulo diverso. Também é possível que o Tribunal exclua a incidência da nova regra em determinados casos. Desta forma, ao alterar o posicionamento, pode excluir situações (ou casos) do âmbito de incidência da norma decisiva (novo precedente).

Nesse sentido manifestou-se Gilmar Mendes na doutrina:

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex tunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em questões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica.²⁴⁸

Essas técnicas são a evidência de que é preciso repensar a tradição de inexistência ou nulidade de atos inconstitucionais e invalidação em prol de um olhar mais atento às finalidades do Direito, principalmente, em matéria constitucional.

²⁴⁷ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 297-298.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a argumentação exposta nos capítulos anteriores, extraem-se algumas considerações, as quais seguem em tópicos:

1. A segurança jurídica é fundamental à organização da sociedade.
2. A técnica social que possibilita a coexistência humana pela ordem é o Direito. Este é instrumento social estabilizador de expectativas comportamentais. Assim, deve garantir as expectativas justas acerca dos efeitos das condutas orientadas por normas jurídicas.
3. Nesse contexto, a previsibilidade das decisões judiciais é uma das dimensões da segurança jurídica. Para que o Direito seja eficiente, como sistema organizador e estabilizador de expectativas normativas, é necessário garantir-se que a ação orientada conforme o “razoavelmente expectável” (expectativas justas) pelo ordenamento jurídico venha a ser considerada lícita.
4. Entretanto, a garantia da ordem não é a única finalidade do Direito. A ideia de justiça é imprescindível ao Direito frente a sua ínsita pretensão de legitimidade. Ante a imensa variação de conceitos, trabalha-se basicamente com dois. O primeiro foi formulado neste estudo, o segundo é o de Justiça enquanto equidade.
5. O conceito de justiça da decisão aqui elaborado foi o de correção somada à justificação externa. Correção é o potencial de persuasão, baseado em argumentação (Habermas).
6. O conceito de correção isolado não satisfaz à pretensão de legitimidade das decisões judiciais exigida pela esfera pública. A correção não justifica a escolha das premissas das quais parte a argumentação. Daí a exigência do elemento justificador externo. Esse argumento deve fundamentar a escolha das premissas e é externo porque alheio ao sistema jurídico em sentido estrito.
7. Essa justificação externa exige debates morais dentro do discurso jurídico, mormente em sede de Jurisdição Constitucional, em que há ponderação de

valores previstos na Constituição da República como direitos fundamentais. É impossível excluir o princípio moral do discurso jurídico.

8. O discurso ideal arquitetado por Habermas traz “condições ideais” – regras – morais. O discurso jurídico não pode ser moralmente neutro. A igualdade entre os participantes é em si uma norma moral. Assim, se o princípio moral integra o discurso ideal e o discurso jurídico deriva deste, então, a Moral integra o discurso jurídico.
9. A hermenêutica foi apresentada por Habermas como uma das soluções para tratamento da tentativa de satisfação simultânea da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade das decisões judiciais.
10. O conhecimento dos métodos da hermenêutica auxilia no controle de consistência das decisões judiciais, mas não oferece, por si só, uma resposta adequada à questão. Note-se que a aplicação exclusiva do método clássico, além de ser insuficiente para a interpretação de normas constitucionais, fulmina a pretensão de legitimidade do Direito, a tentativa de fazer justiça ao caso concreto.
11. Quanto à Nova Hermenêutica, aos demais métodos apresentados – esta oferece tamanha riqueza de possibilidades decisórias ao mesmo tempo em que orienta o intérprete a considerar demasiadamente as especificidades do caso concreto, o que, por fim, reduz a uniformidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, não satisfaz a segurança jurídica.
12. O estudo da Hermenêutica, como dito, aproxima o aplicador da exigência de Justiça, enquanto aceitabilidade racional apoiada em argumentos (correção) somada ao justificador da escolha das premissas, externo. O método tópico-problemático muito contribui para abertura do sistema, pois possibilita a argumentação alheia ao Direito.
13. A uniformização das decisões judiciais surge como uma alternativa à satisfação simultânea das exigências de segurança jurídica e justiça, agora enquanto equidade, implementação uniforme do Direito (Luhmann).
14. A uniformidade das decisões judiciais também fortalece a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário e reafirma a eficiência do Direito enquanto técnica de integração social.

15. Contudo, há sempre o perigo da cristalização do pensamento jurídico e a inadequação das decisões diante das alterações circunstanciais, tais como a irrefreável transformação de qualquer sociedade.
16. Assim, para lançar mão adequadamente da técnica de uniformização de jurisprudência, faz-se necessário o estudo da teoria dos precedentes de acordo com os países do common law, nos quais os institutos foram desenvolvidos e vêm sendo aplicados.
17. A avaliação da teoria do stare decisis mostrou que há institutos pelos quais é possível afastar o precedente. Assim, conclui-se que, apenas a cultura de respeito ao precedente pode incentivar a uniformização das decisões. Não se trata, repise-se, de conservadorismo radical, apenas do respeito ao princípio da carga de argumentação e de levar em consideração o impacto do afastamento do precedente para a segurança jurídica e a equidade.
18. A previsibilidade das decisões judiciais e a garantia das justas expectativas são tão relevantes que têm orientado o Supremo Tribunal Federal do Brasil a utilizar a técnica da modulação de efeitos das decisões, tomadas no exercício da jurisdição constitucional, até mesmo em controle difuso de inconstitucionalidade.
19. É inevitável a aplicação de tal técnica em matéria constitucional independentemente do instrumento de controle porque a decisão do Supremo Tribunal configura precedente e pode vir a alterar julgado, inclusive em ação rescisória. A Corte Constitucional é competente para dar a última palavra em interpretação constitucional e é por esta razão que deve sinalizar a alteração de jurisprudência alertando a comunidade jurídica da necessidade de revisão do posicionamento.
20. A modulação de efeitos, entretanto, não deve ser obrigatória. O Tribunal Constitucional deve avaliar, diante do caso concreto, a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos ou a partir de certa data. Isto porque, tratar a mudança de jurisprudência como revogação de lei, poderia gerar situações de abuso de direito. Repise-se, o que é protegido pelo princípio da segurança jurídica é a justa expectativa. O ato cometido com má-fé, com abuso de direito não merece proteção.

21. A mitigação do confronto entre segurança jurídica e justiça das decisões em matéria constitucional depende não apenas da criação de institutos jurídicos, mas do desenvolvimento de cultura voltada ao respeito ao precedente judicial, sem fugir das ponderações hermenêuticas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O Problema da Segurança no Direito*. São Paulo: RT, 1964.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodium, 2008.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 147. (Biblioteca Tempo Universitário; 84. Estudos Alemães).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca tempo universitário; 10).

_____. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. (Coleção Biblioteca Colégio do Brasil).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1995.

HUISMAN, Denis. *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Tradução Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentacion de Luis Diez-Picazo Madrid: Civitas, 1985. (Monografias civitas).

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 16, out./dez. 1964.

LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de estudios contitucionales, 1983.

_____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. v.2. (Biblioteca tempo universitário; 80).

_____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v.1. (Biblioteca tempo universitário; 75).

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Maria Chaves de. *Law dictionary*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. (O saber da filosofia).

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada* : estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 47-83.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Rideel, 2006.

SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v.1.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. *Fundamentos de Antropologia: um ideal de excelência humana*. São Paulo: Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1973.