

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-555-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A presente coletânea é formada por artigos selecionados para integrar o Grupo de Trabalho “Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (realizado entre 15 de novembro e 17 de novembro de 2017, em São Luís). Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review (“duplo cego”), apto a assegurar isenção e idoneidade na seleção dos artigos que ora apresentamos.

Devido a vários artigos versarem sobre a análise da Teoria de Justiça de John Rawls, resolvemos dedicar a primeira parte desta obra para tratar dos sete artigos que analisaram esta Teoria.

Fernando César Lopes Cassionato e Daniela Menengoti Ribeiro abordam em seu artigo “A escolha na ‘posição original’ de John Rawls: o idealismo de um utilitarista crítico no utilitarismo”, os princípios desta teoria, os fundamentos de sua argumentação e os argumentos favoráveis à defesa do princípio da diferença, refletindo sobre as falhas ao não compensar as desigualdades naturais (falha reconhecida pelo autor) e a consequência de certas escolhas subsidiarem injustamente outras.

Já, José Eduardo Ribeiro Balera, no texto “A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin, examina os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos, resgatando questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral, retomando as críticas à denominada “doutrina da razão pública”, relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Em, “John Rawls: breves noções de consenso sobreposto e a democracia deliberativa”, Roberto Alcântara De Oliveira Araújo e Flávia Moreira Guimarães Pessoa encontram em John Rawls (teoria da justiça como equidade e do liberalismo igualitário) o reconhecimento da existência de um pluralismo de doutrinas filosóficas/morais da sociedade, decerto incompatíveis, mas redutíveis na revelação do consenso fundamental, por meio de argumentos que justifiquem as escolhas sociais.

O texto, elaborado por Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro de Brito Filho, “John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas

realizações” apresenta e compara duas distintas teorias da justiça, a teoria da justiça como equidade de John Rawls e a teoria da justiça focada nas realizações de Amartya Sen, de modo a destacar suas afinidades e divergências.

Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart analisam as ideias de justiça de John Rawls como ideários que privilegiam o Estado Democrático de Direito, como essenciais à inclusão e diminuição das desigualdades materiais que vai ao encontro da missão da Defensoria Pública brasileira, objetivando demonstrar que a atuação da Defensoria Pública, por meio de ações afirmativas adotadas em políticas públicas, atinge os ditames de justiça proposto na Teoria de Rawls.

No artigo “O liberalismo-igualitário de John Rawls como perspectiva de igualdade de oportunidades para transexuais”, Fabiana Barbosa Marra propõe uma atuação estatal de modo a mitigar desigualdades decorrentes de padrões hegemônicos de gênero, utilizando a perspectiva de igualdade de oportunidades de Rawls.

E, fechando os temas referentes à Teoria de John Rawls, Anna Caroline Ferreira Lisboa pauta-se na perspectiva crítica relacionada à organização familiar na Teoria de Justiça de Rawls para construir o texto “A instituição familiar na Teoria da Justiça de John Rawls: uma análise necessária do ambiente de desigualdade de gênero”.

No artigo “A extensão da licença-paternidade e a falta de critérios na utilização de princípios no Brasil”, João Ricardo Holanda do Nascimento e Juraci Mourão Lopes Filho discorrem sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização nos casos de extensão da licença-paternidade, causadora de um sincretismo de teorias.

Rodrigo Maia Bachour e Bárbara Altoé Puppim realizam uma análise retórica dos argumentos utilizados nos Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relativos à tentativa de efetivação dos interinos, à luz das lições de João Maurício Adeodato, no artigo “Uma análise retórica das propostas de emenda constitucional e projetos de lei sobre cartórios”.

Em “A globalização e os direitos humanos em rede: o direito alienígena como ferramenta hábil a fundamentar decisões do Poder Judiciário – o diálogo entre cortes”, Daniel Gomes de Souza Ramos aborda os encontros e desencontros de uma nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado, a partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto.

O texto “A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes, de Geraldo Neves Leite e Andre Beckmann de Castro Menezes, analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, compreendidos no artigo como regras, princípios e diretrizes políticas.

A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil, recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista, pesquisa elaborada por Gisele Santos Fernandes Góes e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre a Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica no Brasil. Oportunidade em que também aproveitamos para externar nossos agradecimentos e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados ao XXVI Congresso do CONPEDI.

Florianópolis/Fortaleza, 23 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFICIÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL E A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES
THE EFFICIENCY OF THE JUDICIAL DECISION AND THE BINDING
PRECEDENTS

Geraldo Neves Leite ¹
Andre Beckmann De Castro Menezes ²

Resumo

O artigo analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, aqui compreendidos como regras, princípios e diretrizes políticas. A pesquisa qualitativa que resultou no presente texto foi baseada em revisão bibliográfica de livros e artigos sobre o tema. Após uma breve exposição acerca dos precedentes nos sistemas do common law e civil law e dos principais aspectos das três teorias, o artigo propõe a adoção de uma delas como fundamento para eficiência da decisão judicial.

Palavras-chave: Teoria do direito, Precedentes, Eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes STF decisions involving a linkage of precedents in the light of three different conceptions of precedents developed by Frederick Schauer, Ronald Dworkin and Richard Posner in American law, which I have bought here as rules, principles and policy. The qualitative research that resulted in this text was made in a bibliographical review of books and articles on the subject. After a brief description of the precedents of common law and civil law systems and of the three theories main aspects, the article proposes the adoption of one of them as grounds for the efficiency of judicial decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Precedents, Efficiency

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade ANHANGUERA/UNIDERP). Juiz de Direito E-mail: gnleite@globo.com

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade da Amazônia). Advogado E-mail: andrebeckmann@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é analisar o papel dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro e refletir de que forma as decisões judiciais podem ser eficientes a partir do respeito aos precedentes judiciais.

Os precedentes são decisões judiciais de uma corte que servem de subsídio para decisão de processos posteriores semelhantes. Os precedentes judiciais, oriundos do sistema de jurisdição do *common law*, se propõem a estabilização do sistema judicial, a partir da doutrina do *stare decisis*. A estabilização da jurisprudência e, conseqüentemente, a previsibilidade das decisões são capazes de tornar o sistema mais eficiente. Nesse cenário, a eficiência da decisão judicial é percebida *a posteriori*, ou seja, a partir do momento em que a decisão judicial geradora do precedente, quando devidamente observada e seguida, passa a contribuir para estabilização da jurisprudência, reduzindo o retrabalho decorrente do julgamento de casos semelhantes.

No presente ensaio, entretanto, pretende-se estudar a eficiência da decisão judicial partindo de outro prisma. A ideia é visualizar a eficiência da decisão judicial *a priori*, ou seja, a eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e que se utiliza do precedente judicial como espécie de norma jurídica capaz de gerar uma decisão que produza melhor resultado não somente para as partes, como também para a sociedade.

Para isso, pretende-se apresentar as diversas concepções que se tem sobre os precedentes judiciais. A partir de teorias do direito, visualizar os precedentes judiciais como vinculativos, interpretativos e persuasivos e, neste cenário, como espécies de norma jurídica que merecem ser respeitadas. O respeito, contudo, é extraído da forma como se visualiza os precedentes no sistema. Neste artigo, sugere-se que os precedentes possam ser vistos como regras, princípios ou diretrizes políticas.

Assim, pressupondo os precedentes como uma espécie de norma, quais fundamentos eles podem oferecer para justificar a eficiência da decisão judicial?

Essa é pergunta que guiará o presente texto. A ideia de eficiência que aqui será abordada decorre da Economia e requer uma análise de custos empregados e benefícios obtidos na escolha de determinada alternativa. No entanto, compreende-se que o termo eficiência, enquanto objeto de estudo do Direito, precisa ser compreendida como um valor e que decisões judiciais tomadas em seu nome têm de se afastar do perigo de subordinar o valor justiça à ela.

Tendo em vista o objetivo do artigo, a linha de pesquisa que resultou no presente texto foi dogmática, ancorada, quanto ao tipo de abordagem, em pesquisa qualitativa e, quanto ao

procedimento metodológico, em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos pertinentes ao tema.

O artigo discute, com base nas obras de Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, três concepções diferentes de precedentes encontrados no direito estadunidense, aqui compreendidos como regras, princípios e diretrizes políticas. A escolha desses teóricos do Direito justifica-se pela profundidade do debate sobre os precedentes que eles travaram na doutrina do *stare decisis* daquele sistema jurídico e que merece reflexão crítica sobre a possibilidade de adoção em nosso sistema de jurisdição.

O artigo está dividido em três seções. Primeiramente, a apresentação dos dois sistemas de jurisdição existentes no direito contemporâneo (*civil law* e *common law*) e sua *vis attractiva*; na seção seguinte, pretende-se apresentar, cada teoria do direito aplicada aos precedentes, analisando seus argumentos, de modo a refletir sobre quais fundamentos essas concepções podem oferecer para justificar a eficiência da decisão judicial. A quarta seção enfoca a eficiência da decisão, argumentando em favor da teoria dos precedentes como diretriz política de modo a assegurar uma decisão que, baseada em precedentes judiciais, produza melhores consequências econômicas e sociais.

2 A QUESTÃO DOS PRECEDENTES NAS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW*

As jurisdições de *civil law* e de *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais bem distintas. O *civil law* carrega, a partir da tradição do direito francês, notadamente, a partir da Revolução Francesa, dogmas que serviram para fomentar a doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei. Por outro lado, o *common law* sustenta, a partir da tradição do direito inglês e estadunidense, a importância dos precedentes judiciais como instrumento necessário para estabilização do sistema judicial.

Marinoni (2016, p. 25) esclarece que, a despeito das transformações que se operaram no *civil law*, em razão do impacto do constitucionalismo, há manifesta resistência a aceitação de institutos do *common law* que podem contribuir para o aperfeiçoamento do direito, como é o caso do respeito aos precedentes.

Na jurisdição do *common law*, discutiu-se intensamente duas teorias relacionadas ao significado da decisão judicial: a teoria declaratória e a teoria constitutiva da jurisdição. Inicialmente, considerou-se, na Inglaterra, a tese de que o juiz somente declarava o direito. Para Blackstone (1976, p. 26), o direito não escrito ou *common law*, diferia da lei escrita, por

reconhecer nos costumes gerais ou particulares uma fonte do direito. Partindo-se dessa perspectiva, o juiz ao decidir casos envolvendo costumes, não criava o direito, mas apenas o declarava. Se os precedentes se destinavam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre uma determinada questão de direito tinham por função declarar o direito estabelecido nos precedentes.

Conforme assevera Marinoni (2016, p. 26), Bentham e Austin criticaram de “maneira ácida e impiedosa” a teoria declaratória. Na concepção desses teóricos juspositivistas, o *common law* existia para ser estabelecido por juízes que detinham *law-making authority*, sendo o direito, assim, produto da vontade do decisor, que não o declarava, mas sim o criava. Afirmou-se que se não se entendesse nessa perspectiva, o juiz não estaria obrigado a seguir precedentes judiciais, visto que este não era fonte do direito. “Por isso, o *stare decisis*¹ (respeito obrigatório aos precedentes) exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito” (MARINONI, 2016, p. 27).

Partindo dessa perspectiva de que o juiz, da jurisdição do *common law*, ao decidir casos judiciais, pode criar direito e que o juiz, da jurisdição do *civil law*, tradicionalmente, ao julgar processos, aplica o direito legislado ao caso concreto, cabe indagar se o *stare decisis* é compatível com o *civil law*?

Para Marinoni (2016, p. 28), a teoria constitutiva do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao precedente, por sinal, é traço peculiar da teoria declaratória. De qualquer forma, tanto a teoria declaratória, quanto a constitutiva admitem a revogação de precedente capaz de gerar injustiça no caso concreto.

Sobre as teorias declaratória e constitutiva e sua relação com o *stare decisis*, MacCormick adverte (1966, p. 205):

A partir do momento em que essas teorias se tornaram parte da herança intelectual do direito, ficou claro que os juízes não poderiam mais se esconder atrás da teoria declaratória casos desejassem divergir de decisões anteriores. Se fosse para criar o direito, deveriam fazê-lo abertamente. Porém, o convite de Austin não foi aceito. Por consequência ou não da desaprovação de Bentham, os juízes vieram a aceitar que se afastar de decisões anteriores era também criar o direito; e isso eles não iriam fazer.

Como se observa dos argumentos de MacCormick, os próprios juízes ingleses, da época, chegaram à conclusão de que a ruptura com os precedentes, criando o direito, era temerária e,

¹ Geralmente, o *stare decisis* significa vinculação, por meio do precedente judicial, em ordem vertical – necessidade de uma Corte Inferior respeitar a decisão de uma Corte Superior – e ordem horizontal – necessidade de uma Corte respeitar decisão proferida em seu interior, mesmo que a composição dos juízes da Corte seja modificada.

por isso, mantiveram-se adstritos aos precedentes. Ressalte-se, contudo, que a base do *stare decisis* não está na teoria declaratória. Com adverte Marinoni (2016, p. 30), “nem a teoria declaratória, tampouco a constitutiva ou positivista, são capazes de coerentemente justificar o *stare decisis* em seu estado absoluto ou em sua conformação pura”.

Além disso, o *stare decisis* somente se consolidou na Inglaterra no final do século XIX, notadamente no ano de 1898, com o julgamento do caso *London Tramways v. London County Council*, quando o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding effect*) começaram a ser referidos. Assim, não há como se vincular o *stare decisis* ao *common law*, visto que este existiu por muito tempo sem o respeito obrigatório aos precedentes judiciais.

O destaque para distinção entre *common law* e *stare decisis*, além de necessário para afastar uma contumaz confusão, deve-se ao objeto de análise desse artigo em sustentar que o sistema de precedentes judiciais pode fazer parte do sistema brasileiro de jurisdição do *civil law*, assim como, ao fim e ao cabo, a pretensão de demonstrar que os precedentes podem servir como diretriz política para a eficiência da decisão judicial.

Não se pode negar, a toda evidência, a importância que o *stare decisis* teve para a consolidação da jurisdição do *common law* em sua acepção moderna, nem “esquecer que os precedentes judiciais, como as leis e os costumes, constituem fonte de direito neste sistema” (MARINONI, 2016, p. 33). Na tradição do direito consuetudinário inglês, o Parlamento considerava as decisões judiciais nos casos concretos para, a partir delas, delimitar a lei decorrente da vontade comum. Diferentemente do direito legislado francês, nesse sistema o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, inclusive, nas palavras de Marinoni (2016, p. 33), “a com ele se confundir”.

Além disso, no direito consuetudinário inglês, o juiz não apenas teve liberdade para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar os atos legislativos e administrativos. Edward Coke, um importante juiz da época, decidiu no célebre caso *Bonham*, em 1610, que as leis estavam submetidas a um direito superior, o direito consuetudinário e, quando isso não acontecia, elas eram nulas e destituídas de plena eficácia. Como salienta Marinoni (2016, p. 36), “vê-se, na decisão proferida no caso *Bonham*, o primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis”.

A evolução da jurisdição do *civil law*, a partir do constitucionalismo, segundo alguns doutrinadores, deu aos seus juízes um poder semelhante àquele do juiz inglês da jurisdição do *common law* e, notadamente, ao juiz estadunidense, dotado do poder de controlar a lei, tendo como fundamento de validade a Constituição. Para Merryman (2007, p. 25), admitindo que o constitucionalismo permitiu ao juiz do *civil law* decidir sobre a invalidade de uma lei por estar

em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre os Poderes Legislativo e Judiciário e, assim, abre-se oportunidade para se acreditar que este juiz do *civil law* também cria o direito.

Importante registrar, por oportuno, que o controle judicial dos atos do legislativo teve evolução distinta nos dois principais países do *common law*: a Inglaterra e os Estados Unidos. Como assevera Marinoni (2016, p. 39), com a Revolução Gloriosa de 1688, a Inglaterra estabeleceu o instituto da “Supremacia do Parlamento”, com objetivo de controlar os atos das suas colônias e que, acabou gerando nos Estados Unidos, “princípio que numa visão estrita do *civil law*”, poderia ser tomado como seu oposto, o da “Supremacia do Judiciário”.

A Supremacia do Parlamento inglês se impunha em relação as colônias, mediante as Cartas, que proibiam a edição de atos contrários ao direito inglês. Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Desta forma, a Supremacia do Parlamento inglês, em vez de criar obstáculos, acabou colaborando para o desenvolvimento da ideia de Supremacia do Judiciário no que tange ao controle de constitucionalidade de leis nos Estados Unidos. Importante ressaltar que a Supremacia do Parlamento no direito inglês, como afirmado anteriormente, não teve a intenção de submeter as decisões judiciais ao Parlamento. Esse princípio teve a intenção de firmar a noção de Supremacia do direito inglês em relação ao Monarca e as colônias inglesas.

No direito estadunidense, além disso, quando a Suprema Corte decide um caso concreto, aquela decisão é seguida pelos demais tribunais (*precedente in point*). No sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade não precisa ser concentrado, pois o controle difuso ganha contornos de controle concentrado, na medida em que a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante graças ao *stare decisis* (NOGUEIRA, 2008, p. 104). A título de exemplo, lembre-se do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, quando o juiz Marshall pregou a Supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, declarando a inconstitucionalidade de uma lei. Só houve necessidade de nova decisão acerca da supremacia constitucional cinquenta e quatro anos depois, com o caso *Scott vs. Sandford* (1857), porque o precedente foi respeitado. Diferente do que ocorre no direito brasileiro, não houve necessidade de uma ação direta de inconstitucionalidade para que fosse declarada a inconstitucionalidade da lei, visto que até hoje o precedente judicial é respeitado e citado.

Outra importante questão relativa as jurisdições do *civil law* e do *common law*, é que a superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico teve repercussão diferente em cada um dos sistemas. Enquanto no *civil law* “o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à Era da Codificação e à concepção da função judicial como meramente declaratória da lei, no

common law, observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito” (MARINONI, 2016, p. 44). Perceba-se que essa situação demonstra que no *common law*, o sistema confiou no Judiciário para criação do direito, enquanto no *civil law*, acabou limitando o papel do Judiciário como mero aplicador do direito legislado. O Juiz da tradição do *civil law* deveria apenas pronunciar as palavras da lei (*bouche de la loi*), portanto, tornava-se inevitável afastá-lo de conceitos indeterminados e de regras abertas.

No processo civil contemporâneo, contudo, a necessidade de tutela de direitos fundamentais possibilitou municiar o juiz de uma maior amplitude de poder para “permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas” (MARINONI, 2016, p. 68).

Nesse contexto, a interpretação passou a ter grande importância, que a depender dos argumentos utilizados pelo juiz, em decisão judicial envolvendo conceitos indeterminados ou normas abertas, faz com que essa decisão possa ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista do Direito. Como salientado anteriormente, a questão dessa discricionariedade judicial foi alvo do célebre debate travado entre Hart e Dworkin. Enquanto Hart (1993, p. 135) afirma que o juiz, mediante poder discricionário, pode criar o direito por ocasião da decisão judicial de casos difíceis na falta de regras jurídicas claras para solução do caso, Dworkin sustenta que mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Nesta perspectiva, pode-se compreender as decisões da Corte Suprema não somente preocupadas com as decisões pretéritas, mas também com o futuro, em orientar os jurisdicionados e em servir de critério para as decisões judiciais vindouras. Como se verá adiante, Posner sustenta a tese de precedentes como diretrizes políticas. Dworkin, por seu turno, advoga a tese de precedentes como princípios, enquanto Schauer defende a tese de precedentes como regras, esta que em muito se assemelha a ideia de vinculação de precedentes defendida por Marinoni.

Espera-se mostrar que o respeito aos precedentes é uma ideia necessária para iluminar o caminho em busca de estabilização e racionalização do sistema jurídico, com vistas a garantir a segurança jurídica e igualdade, mas tende a representar uma restrição ao papel criativo do Poder Judiciário, visto que limita a interpretação judicial.

3 OS PRECEDENTES COMO REGRAS, PRINCÍPIOS OU POLÍTICAS

Como se observou na seção anterior, a adoção de precedente judicial nos países de jurisdição do *civil law*, como o Brasil, se tornou uma realidade, notadamente, a partir da adoção do efeito vinculante e da súmula vinculante. A doutrina tem se debatido acerca das diversas espécies de precedentes, alguns conceituando sem muito critério os precedentes como obrigatórios, persuasivos ou interpretativos.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem tido dificuldade de lidar com seus precedentes e com suas súmulas vinculantes. A esse respeito, pode-se referir as súmulas vinculantes SV No. 3 e SV No. 5, que servirão de objeto de estudo desse breve ensaio.

A súmula é, geralmente, proposição sobre a interpretação do direito que decorre da jurisprudência assentada num determinado tribunal. Tem formato de enunciado e no Brasil é publicada em numeração crescente. A súmula pretende expor a *ratio decidendi* comum a reiteradas decisões sobre uma matéria concretizada num tribunal superior. Pelo sistema do atual Código de Processo Civil, os precedentes são extraídos das súmulas e acórdãos dos tribunais superiores (art. 926 e 927, I a IV, do CPC).

Pois bem, no presente texto, trabalhar-se-á com a análise de duas súmulas e como o STF interpretou as súmulas vinculantes em casos posteriores, refletindo a partir daí acerca da força normativa e obrigatoriedade dos precedentes e de que forma eles podem ser interpretados enquanto norma jurídica de um sistema judicial que tem pretensão de ser eficiente.

A primeira súmula que será analisada é a Súmula Vinculante No. 3 (SV No. 3) que tem a seguinte redação:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

De acordo com os precedentes que geraram essa súmula, a exceção que consta no final era justificada pelo fato da concessão de aposentadoria ou pensão constituir ato administrativo complexo que somente se aperfeiçoa com o registro definitivo pelo Tribunal de Contas da União (TCU), após o julgamento de sua legalidade que, por constituir exercício de controle externo (art. 71, III, da CF), é feito sem a participação dos interessados e, dessa forma, sem a observância do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Apesar disso, pouco tempo depois da edição da referida súmula, o STF, no julgamento do MS No. 25116, obrigou o TCU a reavaliar a exceção disposta ao seu final, determinando que a manifestação do controle externo deveria ser feita no prazo razoável de cinco anos, de

acordo com critério adotado em outras normas do ordenamento jurídico, caso contrário, o interessado deveria ser convocado para participar do processo administrativo, assegurando a ele o direito ao contraditório e à ampla defesa. Dos fundamentos dessa decisão resultou uma nova interpretação da SV No. 3, que inclui a garantia do contraditório e da ampla defesa, mesmo nos casos de registro de aposentadoria, reforma e pensão, desde que transcorridos cinco anos do ato inicial.

O fundamento dessa distinção encontra-se na ementa do acórdão, com a seguinte redação:

Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, proteção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (*caput* do art. 37).²

Situação semelhante ao anterior ocorreu com a Súmula Vinculante No. 5 (SV No. 5), que prescreve: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Apesar de não haver decisões reiteradas nesse sentido para firmar o precedente, o STF decidiu sumular seu entendimento para impedir a multiplicação de recursos referentes a questão jurídica. Em razão da forma como foi redigida, a súmula começou a apresentar problemas para sua aplicação. No RE No. 398.269, o STF se viu obrigado a fazer uma ressalva a interpretação da súmula.

O caso referia-se a um processo administrativo disciplinar instaurado para apurar uma falta grave (fuga) de um apenado do sistema penitenciário, que não tinha tido direito à defesa técnica. Segundo os fundamentos da decisão, o ato de defesa nesse tipo de processo administrativo sem a presença de defensor viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, o STF entendeu pela não aplicação da SV No. 5, nos casos de processo administrativo disciplinar de natureza penal, sob o fundamento de estar em jogo “o direito fundamental à liberdade de ir e vir”.

Note-se que, a despeito de considerar as súmulas e os precedentes que deram origem a elas como vinculativos, o próprio STF entendeu por não segui-los dada a peculiaridade do caso concreto em julgamento. Tal atitude interpretativa do STF mostra a necessidade de refletir acerca dos precedentes, a fim de buscar os possíveis fundamentos teóricos da jurisprudência do

² A jurisprudência foi confirmada em outros julgados como MS No. 25.403 e MS No. 24.781. Vale notar que, conforme informado nos autos do MS No. 30.553, o TCU adequou seus procedimentos à jurisprudência do STF.

tribunal e elaborar critérios que possam explicar as distinções feitas por ele nos casos apresentados e em outros.

Neste ensaio, pretende-se analisar, a partir das obras de Schauer, Dworkin e Posner, as contemporâneas teorias positivista, interpretativista e pragmática dos precedentes encontradas no direito estadunidense. A escolha dessas teorias justifica-se pela densidade do debate acerca dos precedentes que a doutrina do *stare decisis* permite que seja desenvolvida naquela jurisdição do *common law* e que podem servir ao direito brasileiro nesse momento de consolidação dos precedentes judiciais, notadamente, com a vigência do novo Código de Processo Civil.

3.1 OS PRECEDENTES COMO REGRAS. A TEORIA POSITIVISTA DE SCHAUER

Frederick Schauer é um positivista jurídico, da mesma linhagem teórica de H. Hart, que defende a ideia de que as normas devem ter as virtudes do direito positivo: sejam públicas, claras e objetivamente interpretáveis e aplicáveis (MAUÉS, 2012).

Em apertada síntese, a teoria de Schauer sugere que as regras operam por meio de generalizações, lidando com tipos e não com casos particulares. A identificação da generalização como característica das regras, permite a Schauer reformular a estrutura binária das regras prescritivas, cujos componentes são chamados por ele de “predicado factual” e “consequente” (MAUÉS, 2012).

Na regra prescritiva “É proibida a entrada de cães no restaurante”, o predicado factual “cães no restaurante” é uma generalização que alcança todos os cães em qualquer situação. Já o consequente estabelece o que vai acontecer caso ocorra o predicado factual: a entrada vai ser “proibida”. A justificativa para tal proibição, normalmente, deve-se ao desejo de evitar que clientes sejam incomodados pela presença de um determinado cão no local.

A coerência entre a generalização contida no predicado factual das regras e sua justificativa não evita, contudo, o surgimento de problemas (SCHAUER, 1991, p. 31-41). Para o positivista estadunidense, essas são experiências recalcitrantes que, na maioria das vezes, ocorre por duas razões: quando a generalização inclui propriedades que, em determinadas situações, serão irrelevantes para a justificativa, ou quando exclui propriedades que, em outras situações, serão relevantes para a justificativa.

No caso da regra que proíbe a entrada de cães no restaurante, ela não prevê a exclusão dos efeitos da regra de cães que possam não incomodar os clientes ou dos chamados cães-guias. Além disso, a regra não prevê a possibilidade de que outros animais de estimação, que não cães, possam entrar no restaurante e acabar incomodando clientes.

No primeiro conjunto de casos, a generalização do predicado factual da regra é sobreinclusiva (*over-inclusive*), por ser excessivamente generalizante a ponto de não prever situações que estão fora da abrangência da justificativa da regra. No segundo conjunto, a generalização do predicado factual é subinclusiva (*under-inclusive*), por não ser suficientemente generalizante a ponto de prever outras situações que estão dentro da abrangência da justificativa da regra.

Segundo Maués (2012, p. 593):

Em uma generalização sobreinclusiva, o predicado factual inclui características do caso que não atendem à justificativa da regra; em uma generalização subinclusiva, o predicado factual deixa de reconhecer características do caso que atenderiam à justificativa da regra.

Para lidar com esses problemas que decorrem da disjunção entre a generalização e a justificativa da regra, Schauer apresenta dois modelos: o modelo da conversação e o modelo do enraizamento (MAUÉS, 2012).

Em resumo, o modelo da conversação oferece soluções ao problema da textura aberta, ao permitir a adaptação da nossa linguagem a uma nova realidade até então desconhecida, permitindo resolver casos em que uma propriedade suprimida pela generalização volte à conversa se as circunstâncias assim recomendarem. Schauer, contudo, observa que esse modelo é, em grande medida, surreal por não reconhecer que, na realidade, algumas generalizações se tornam enraizadas, o que impede que a linguagem seja infinitamente sensível e adaptável (MAUÉS, 2012, p. 594). No modelo de enraizamento, as possibilidades de adaptação da regra às experiências recalcitrantes, encontram-se limitadas, pois certas opções nunca serão vistas, outras serão difíceis de serem expressas e outras ainda vão se tornar menos compreensíveis. Neste cenário, Schauer (1991, p. 17-27) defende o modelo de enraizamento por entender que ele impede que as decisões sejam tomadas pelo individualismo do julgador.

Para Schauer (1991, p 174-187), nos sistemas de *common law*, em que os juízes decidem aplicando os precedentes judiciais, a decisão baseada na justificativa do precedente anterior – que, nesse caso, seria compreendido como regra jurídica – poderia leva-los a aplicar os precedentes anteriores aos casos novos somente se fossem consistentes com o conjunto de políticas e princípios do sistema. Isso poderia levar a uma instabilidade do sistema e fragilizar o *stare decisis*.

Para Schauer (1991), considerando que qualquer processo de decisão pode produzir erros, a adoção do modelo de precedentes baseados em regras se apoia em uma avaliação de que os erros que podem ser provocados pelo agente decisor são mais sérios ou mais prováveis do que os erros baseados em regras que advém de uma limitação interna para alcançar a melhor

decisão em todos os casos. O positivista estadunidense, nessa perspectiva, faz uma análise de eficiência da decisão judicial e, considerando que os custos decorrentes dos erros provocados pelo agente julgador podem ser mais sérios que os erros baseados em regras, sugere que a decisão será melhor e mais benéfica se for justificada nas regras.

Seguindo a terminologia adotada pela teoria positivista de Schauer, pode-se afirmar que as decisões do STF apresentadas neste ensaio preferiram não reconhecer os precedentes como regras, a partir do modelo de enraizamento, pois ao se confrontarem com uma “experiência recalcitrante”, os julgadores optaram por refletir sobre a justificativa da súmula, tomando a decisão que lhes pareceu melhor, diante das circunstâncias do caso.

Como assevera Maués (2012, p. 613), “deve-se reconhecer que a teoria de Schauer não exige que os juízes sempre apliquem as regras, assumindo que haverá casos em que elas serão afastadas em favor de outras razões que tenham mais peso naquela situação”. A teoria positivista admite a possibilidade de o juiz criar o direito, a partir da discricionariedade judicial, quando o caso está fora do âmbito de incidência da regra positivada. Neste cenário, a teoria preconizada por Schauer muito se assemelha a defendida por outros positivistas, como Bentham, Austin e Hart. Contudo, se o caso estiver no âmbito de incidência da regra positivada – e aqui, impõe-se considerar os precedentes judiciais e as regras legais como fonte do direito positivo – o predicado factual da regra permite limitar o conjunto de fatores que será levado em conta na decisão.

No direito brasileiro, essa ideia de precedentes judiciais vinculantes é defendida por Marinoni (2016), para quem as decisões dos tribunais têm força normativa e obrigatoriedade a ser observada pelo mesmo tribunal que prolatou a decisão, assim como os tribunais e juízos hierarquicamente inferiores.

Partindo dessas premissas, se se observar as duas súmulas citadas nesta seção (SV No. 3 e 5), ver-se-á que a justificativa delas – ausência de direitos do interessado, tendo em vista as características dos atos de registro feitos pelo TCU e do processo administrativo disciplinar – em face das generalizações representadas por expressões como “aposentadoria” e “processo administrativo disciplinar”, foi considerada pelo STF, nos termos de Schauer, como casos de sobreinclusão, que permitiam a não aplicação da súmula, ante a possibilidade de acarretar violação de direitos ou não ter como efeito a proteção da moralidade administrativa.

Nesse cenário, o desenvolvimento da jurisprudência do STF sobre as súmulas vinculantes também demonstra que o argumento de *aversão ao risco* não possui força suficiente para reconhecer a obrigatoriedade dos precedentes como regras, conforme o modelo de decisão proposto por Schauer. Entretanto, não se pode deixar de considerar que o positivismo normativo

defendido por ele admite que a regra não deve ser aplicada se levar a uma grande injustiça ou a resultados absurdos, pois sua versão do positivismo se baseia na força presumida das regras (MAUÉS, 2012, p. 614).

3.2 OS PRECEDENTES COMO PRINCÍPIOS. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN

Ronald Dworkin é reconhecidamente o maior expoente contemporâneo da filosofia do direito anglo-americana, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma teoria do direito sólida e consistente, a Teoria do Direito como Integridade ou Interpretativismo Jurídico, que permite ao juiz interpretar o direito a partir de suas próprias responsabilidades morais e éticas.

No artigo *O Modelo de Regras*, que deu início a construção de sua teoria, Dworkin (2002), propôs a famosa distinção entre princípios, que são aplicados de acordo com seu peso, e regras, que são aplicadas da forma “tudo ou nada”.

Para Dworkin, dentro de um processo judicial, mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Para ele, o direito é uma prática social argumentativa fundada em princípios de moralidade política (DWORKIN, 1999).

Na busca de princípios que podem oferecer melhor justificativa para decisão, Dworkin (1999, p. 213-231) propõe que a integridade seja reconhecida como ideal político independente, diverso tanto da equidade – que lida com os aspectos de organização do processo político –, quanto da justiça – que trata dos resultados desse processo político.

A partir de um modelo de comunidade de princípios, Dworkin afirma que a comunidade política requer que seus membros compartilhem princípios comuns e não apenas regras. Nessa concepção, os membros da comunidade passam a considerar que seus direitos não decorrem apenas de decisões particulares tomadas por instituições, mas também de esquema de princípios pressuposto por essas decisões, o que implica no reconhecimento da existência de direitos e deveres não positivados. Para o autor, somente este modelo de comunidade é capaz de lidar com o pluralismo moral e político da sociedade, em que pessoas divergem sobre critérios de justiça e equidade.

No campo da jurisdição, a integridade opera de forma semelhante a metáfora do romance em cadeia, em que as decisões judiciais devem se ajustar aos precedentes (capítulos anteriores do romance), mas também “deve oferecer a melhor justificativa para o uso do poder coercitivo, a fim de continuar desenvolvendo a história do direito da comunidade de modo

compatível com os princípios que a regem” (MAUÉS, 2012, p. 609). Nesta senda, enquanto na interpretação formal dos precedentes, o juiz deve investigar se a decisão corresponde àquelas tomadas em casos semelhantes, na interpretação substantiva, ele deve buscar quais os princípios de justiça e equidade podem justificar melhor a decisão. A concepção da integridade, portanto, recomenda ao julgador interpretar os precedentes buscando os princípios morais e jurídicos que os fundamentam, a fim de escolher quais devem ser aplicados ao caso atual. Com isso, não se exige que a decisão atual seja igual, no aspecto formal, às decisões passadas.

Neste aspecto, a interpretação dos precedentes baseadas em princípios será mais íntegra se o número de casos que o juiz analisar para tomar sua decisão for suficientemente considerável para identificar o peso relativo que os diferentes princípios possuem no sistema jurídico.

A teoria interpretativista de Dworkin leva a examinar não somente os fundamentos dos precedentes, mas também outros princípios jurídicos que possam ser relevantes para a decisão. Na linha da teoria do Direito como Integridade de Dworkin, o julgador, ao analisar um caso envolvendo precedente judicial, deve se perguntar se além do princípio jurídico que justifica o precedente há algum princípio jurídico no ordenamento que fundamente os argumentos apresentados pelas partes. Em seguida, cabe indagar qual solução do caso é mais coerente, no intuito de escrever bem o capítulo que lhe cabe nessa história: se aquela que se baseia no princípio que justifica o precedente ou aquela que se baseia no princípio que fundamenta a alegação de uma das partes.

No direito brasileiro, a tese de Dworkin é defendida por Lenio Streck (2016), baseado na doutrina de Castanheira Neves e Edward Re, para quem os precedentes são interpretativos e devem ser vistos como *principium* e, não, como “telos” da discussão (PEIXOTO, 2016, p. 5-6). Nessa seara, os precedentes não teriam caráter vinculativo, mas apenas interpretativo.

Em relação aos casos analisados (Súmulas Vinculantes No. 3 e No. 5), o reconhecimento de um direito fundamental foi considerado decisivo pelo STF para justificar a decisão: a ameaça de violação à segurança jurídica e à liberdade de locomoção tiveram peso preponderante em relação a sumulada declaração judicial de ausência de direitos do interessado, tendo em vista as características dos atos de registro feitos pelo TCU e do processo administrativo disciplinar.

Nos termos da teoria dos precedentes como princípios, pode-se dizer que sua aplicação não respeita a integridade se acarreta a violação de algum princípio do ordenamento jurídico. Neste cenário, a interpretação será coerente e íntegra se respeitar os precedentes, a partir de uma perspectiva de não violação de algum direito fundamental.

3.3 OS PRECEDENTES COMO DIRETRIZ POLÍTICA. A TEORIA PRAGMÁTICA DE POSNER

Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América, é o principal expoente do movimento *Law and Economy* – no Brasil, chamado Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (AED) – , além do mais devotado e reconhecido defensor do Pragmatismo Jurídico.

O Pragmatismo Jurídico defendido por Posner, desde então, é uma combinação de pragmatismo clássico, realismo jurídico e análise econômica do direito, de tal forma que se percebe nuance desses movimentos filosóficos em sua teoria. Ele constrói, com isso, uma teoria antiteórica do Direito, com forte reflexão acerca da teoria moral como fundamento relevante do Direito.

O pragmatismo jurídico (ou adjudicativo) sustenta, em síntese, que os tribunais devem se basear em regras de cunho procedimental com fins de solucionar os litígios nas áreas jurídicas com a maior eficiência. Note-se que essa concepção do direito não prega a desobediência as regras, mas tem preocupação para que essas regras sejam interpretadas com vistas a julgamentos mais eficientes, baseados em argumentos consequencialistas. No livro *How judges Think*, Posner (2008, p. 40) ressalta a importância do pragmatismo dos juízes por ocasião das decisões judiciais:

“Pragmatism”, in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now, it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. (...) In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule³.

Por esse prisma, é preferível que a decisão judicial se baseie nos seus efeitos que na interpretação de um fato ou de um caso anterior ou mais genericamente na dedução de uma regra preexistente. Aplicado à teoria dos precedentes, o pragmatismo jurídico trata a decisão judicial segundo os precedentes como uma diretriz política e não como uma regra ou um princípio jurídico. Nesse aspecto, mesmo diante de precedentes considerados vinculativos, o julgador tem mais liberdade para interpretá-los, mediante uma análise consequencialista. Ao

³ "Pragmatismo", no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, vai exigir definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente observar que o trabalho refere-se a basear julgamentos (legais ou não) nas consequências, em vez de dedução a partir de premissas na forma de um silogismo. (...) No Direito, o pragmatismo refere-se que basear uma decisão judicial nos efeitos da decisão é mais susceptível do que na linguagem de um fato ou de um caso ou, mais genericamente, em uma norma preexistente. (Tradução livre)

ênfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências da decisão, o pragmatismo jurídico de Posner é visivelmente empírico.

Além disso, Posner, diferentemente de Dworkin, rejeita a filosofia como método principal para a busca de unidade e da ordem, reconhecendo que qualquer método teórico que conduza a uma investigação empírica razoável será mais bem avaliada sob o ponto de vista do seu pragmatismo jurídico. Nesta seara, afasta sua teoria do interpretativismo jurídico, que considera o relevante papel dos princípios jurídicos baseados na moralidade política para solução de casos difíceis.

Para Posner (2007), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade.

Em relação a questão do respeito aos precedentes, como explica Arruda (2011), Posner considera sólida a concepção interpretativa de Dworkin do direito como um romance em cadeia, mas, ao mesmo tempo, sustenta que, no direito, há modificação dos capítulos anteriores, “sendo certo que a deferência a esses capítulos depende do mérito intrínseco daquilo que foi decidido anteriormente” (ARRUDA, 2011, p. 177). Com essa visão de razoabilidade, Posner pretende estreitar a relação existente durante a fundamentação da decisão judicial entre o raciocínio prático sobre as questões de fato e o raciocínio jurídico sobre as questões de direito. Os juízes pragmáticos, diz Posner (2007), ao decidirem seus casos, são encarregados de criarem o direito, prevendo as consequências de suas decisões.

A ideia de que os juízes agem apropriadamente quando julgam atentando para as consequências práticas de suas decisões é bem razoável, não apenas do ponto de vista estratégico, mas também histórico, uma vez que os juízes também podem considerar as consequências práticas de decisões judiciais tomadas no passado, ao menos em algumas circunstâncias.

Aplicado ao direito, o pragmatismo jurídico trata a decisão judicial segundo os precedentes judiciais – estes compreendidos a partir da doutrina do *stare decisis* – como uma diretriz e não como uma regra ou um princípio que deve ser obrigatoriamente seguido. Neste cenário, a atitude pragmática – voltada para o progresso da sociedade – rejeita tanto o conselho conservador, segundo o qual tudo o que já existe é melhor, quanto o conselho fatalista, de que todas as consequências são imprevistas (POSNER, 2009, p. 5). Essa visão de Posner pode ser

compreendida tanto como uma resposta à teoria do direito de integridade de Dworkin quanto à teoria de aversão ao risco de Schauer.

Na linha da teoria pragmática do direito de Posner, o julgador, ao analisar um caso envolvendo precedente judicial, deve, de forma geral, seguir a jurisprudência e manter-se fiel aos valores imanentes a sua tradição jurídica. Contudo, isso não envolve nenhuma obrigação ou vinculação, pois se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, “da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador” (POSNER, 2009, p. 12).

No direito brasileiro, a tese de Posner ainda não exerce forte influência na doutrina, por considerar os precedentes apenas como persuasivos. Na visão pragmática, os precedentes não vinculariam por meio de sua autoridade, mas pela força de seus argumentos. Assim, eles teriam força vinculante na medida em que fossem aceitos posteriormente pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Segundo Peixoto (2016, p. 6), “nessa linha, a *ratio decidendi* será construída pelos julgados posteriores, sendo esse um ponto de vista defendido pelos realistas”.

Em relação aos casos analisados (Súmulas Vinculantes No. 3 e No. 5), pode-se considerar que apenas na decisão relativa à SV No. 3, o reconhecimento de um interesse coletivo foi considerado decisivo pelo STF para justificar a decisão: a ameaça de violação à segurança jurídica e à moralidade administrativa, para casos de aposentadoria, reforma e pensão com prazo superior a cinco anos, exigiu do STF uma análise dos impactos sociais e econômicos da referida súmula, com o consequente tratamento diferenciado para esses casos.

Nos termos da teoria dos precedentes como diretriz política, pode-se dizer que a referida decisão foi pragmática em determinado aspecto, pois, a partir de uma análise consequencialista, o STF não hesitou em romper com o passado em prol do presente e do futuro. No caso específico, a decisão considerou a força normativa do precedente que gerou a súmula vinculante, mas também levou em conta a consequência da decisão.

Como se observa, o precedente judicial, da mesma forma que a legislação, é um texto normativo que tem força vinculativa em relação ao seu aplicador e intérprete, mas não se pode negar que, assim como a legislação, o precedente judicial pode ser interpretado. Um Judiciário independente, para Posner, exige que se substitua a eventual neutralidade decorrente do profissionalismo do magistrado por legitimidade política, sem que isso constitua ativismo judiciário.

4 A EFICIÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL, A PARTIR DA IDEIA DE PRECEDENTE COMO DIRETRIZ POLÍTICA

A eficiência, como critério econômico, é uma ferramenta importante para se avaliar *a posteriori* se uma decisão judicial gerou impacto econômico e social positivo. No presente artigo, contudo, pretende-se trabalhar a eficiência sobre outro viés, como fundamento jurídico, que sirva *a priori* como argumento jurídico por ocasião da fundamentação da decisão judicial de processos.

No sistema processual civil brasileiro, a eficiência é tratada, nos termos do art. 8º, do Código de Processo Civil, como uma das normas fundamentais do processo civil. A eficiência, portanto, está entre as normas que compõem a base para um processo civil justo, pois sua aplicação deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

A eficiência, como visto, é objeto de estudo da Análise Econômica do Direito (AED). Segundo esse movimento teórico, o juiz deve decidir com atenção para maximização da riqueza social. A eficiência, será compreendida, neste ensaio, a partir dessa perspectiva.

Posner compreende que o direito e a economia estão interligados por razão mercadológica não monetária, mas de eficiência, a partir do momento que os juízes, ao decidirem os casos difíceis, formulam políticas públicas (POSNER, 2007).

Para Posner, que é juiz, os magistrados seguem precedentes nos casos difíceis, mas o fazem mais pela certeza e pela previsibilidade do Direito do que para atingirem um Direito justo e correto. Os juízes criam o direito e não apenas descobrem o direito, a partir dos precedentes. A justificção de uma decisão, no sentido de que ela seria objetivamente correta, seria geralmente difícil. Os casos difíceis, nesta visão, não podem ser objetivamente decididos, como defendem os positivistas e interpretativistas. Processos mentais não racionais, segundo Posner, podem influenciar as decisões judiciais, tornando o direito menos conceitual e mais pragmático (POSNER, 2007).

Nessa toada, o fato de se reconhecer a obrigatoriedade dos precedentes não implica em um engessamento do direito ou violação à interpretação. Pelo contrário, a força normativa dos precedentes não depende apenas da autoridade do órgão julgador que criou o precedente, mas também da força da argumentação contida na *ratio decidendi*. Assim, sob a ótica pragmática, um precedente judicial pode ser visto como elemento que pode tornar a decisão judicial mais eficiente, sem deixar de ser justa e legal.

A eficiência da decisão judicial, a partir da compreensão dos precedentes como diretriz política, dá-se pela possibilidade da decisão gerar um maior cabedal de bons resultados para o bem-estar da sociedade, sem que isso represente um desrespeito aos precedentes.

Nos casos estudados, não se observou a preocupação dos julgadores com a eficiência da decisão judicial, a partir da análise dos precedentes que geraram as súmulas vinculantes, mas, no caso específico da Súmula Vinculante No.3, uma análise minuciosa do julgado faz perceber uma preocupação com a proteção da segurança jurídica e moralidade administrativa. A análise do precedente, partindo desta ótica, torna-se além de jurídica, política, fazendo crer que o precedente foi observado como diretriz política.

A despeito de não se ter referido a eficiência na *ratio decidendi* do julgado, pode-se visualizar a preocupação com a eficiência da decisão judicial, a partir da necessidade de fazer ponderações acerca da aplicação da súmula nos casos de aposentadoria, reforma ou pensão com prazo superior a cinco anos.

Para Lorenzetti (2010, p. 321), “um dos índices mais seguros para verificar a razoabilidade da inteligência de uma norma, e a sua congruência com o resto do sistema a que está encadeada, é a consideração das suas consequências”. Complementa o autor apontando que o “julgador que não mede os efeitos da decisão quanto ao caso concreto, ou também as consequências posteriores ou o impacto do julgado em outros pronunciamentos, consuma uma interpretação desqualificável por imprevidente” (LORENZETTI, 2010, p. 321).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou discutir o papel dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro e refletir de que forma as decisões judiciais podem ser eficientes a partir do respeito aos precedentes judiciais.

O estudo das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal demonstra que há várias possibilidades de interpretação dos precedentes no direito brasileiro e a proteção dos direitos fundamentais tem sido utilizada como fundamento das distinções que levam a não aplicação da súmula. Neste cenário, os precedentes têm sido vistos mais como princípios do que como regras. Dentre as concepções analisadas neste texto, a teoria dos precedentes defendidas por Dworkin parece ser a que confere melhor fundamento teórico para esse tipo de jurisprudência, visto que ela reconhece que a aplicação dos precedentes deve ser coerente com o conjunto de princípios relevantes para o caso.

Tal conclusão é reforçada pela regra jurídica prevista no art. 926, do Código de Processo Civil, que explicita a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência. A despeito dessa compreensão, a análise detida dos julgados que serviram de objeto de estudo deste artigo, revela que a distinção feita em um deles poderia ser por argumentos de política e não apenas de princípios. Isso revela que o Supremo

Tribunal Federal tem preocupação com as consequências de suas decisões, mas raramente se utiliza de argumentos consequentialistas como *ratio decidendi*.

O artigo propõe que, a despeito do sistema de precedentes no Brasil ser desenvolvido para que eles sejam tratados como regras ou como princípios jurídicos, nada impede que o julgador possa considerá-los como diretriz política, quando a preocupação com a eficiência da decisão judicial for relevante. Não se advoga no presente artigo que decisões judiciais tomadas em nome da eficiência desconsiderem o perigo de subordinar o valor justiça à ela. Por essa razão, a eficiência que aqui foi tratada não é aquela preocupada apenas com o critério quantitativo de custo e benefício, mas sim com um critério qualitativo de valorização do bem-estar social.

As referências às teorias de direito defendidas por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner são justificadas pela profundidade do debate sobre os precedentes que elas travaram na doutrina do *stare decisis* estadunidense e que merecem reflexão crítica sobre a possibilidade de adoção em nosso sistema de jurisdição. A divergência entre os autores é de especial impacto para a compreensão da concretização de direitos fundamentais que se constituem em objeto de decisão na grande maioria dos casos difíceis que exigem a observância de precedentes judiciais.

Dentre as concepções analisadas neste artigo, a teoria dos precedentes como diretriz política defendida por Posner oferece uma boa alternativa para que, mesmo respeitando os precedentes, os juízes possam interpretá-los, sem que isso constitua ativismo judiciário.

A reflexão sobre o papel dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro e de que forma as decisões judiciais podem ser eficientes a partir do respeito aos precedentes, em si, é altamente relevante nos nossos dias, pois com a migração da pretensão de adjudicação de direitos para o plano judiciário – em especial os direitos fundamentais –, cada vez mais o processo de decisão dos juízes e tribunais deve ser justificada e motivada de forma a realmente atender às questões e problemas que isso suscita.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press. 1979 (fac-símile da 1 edição de 1765)

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2016.

DWORKIN, Ronald. M. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, Herbert L. A. *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos do direito**. Trad. Bruno Miragem. 2a. ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACKORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* Judicial Review, 1966.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios. 5ª. Ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os Precedentes. Regras, Analogias e Princípios**. São Paulo, Revista Direito GV, Jul-Dez 2012, p. 587-624

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência Vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro**. São Paulo: RePro 161 pp. 101-114, 2008

PEIXOTO, Ravi. **A vinculação dos precedentes no common law: mito ou realidade?** Disponível em: <[http://www.academia.edu/30522646/A_vinculação_dos_precedentes_no_common_law](http://www.academia.edu/30522646/A_vincula%C3%A7%C3%A3o_dos_precedentes_no_common_law)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *How judges think?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

_____. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991

STRECK, Lenio. **Crítica às teses que defendem o Sistema de precedentes – Parte II**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii#sdfootnote3anc>. Acesso em: 27 dez 2016.