

# SUMÁRIO

|  |          |
|--|----------|
| Agradecimentos .....   | VII      |
| Refácio .....  | XVII     |
| Considerações Introdutórias .....  | XXI      |
| <b>O Método Judicial e o Precedente no <i>Common Law</i> e na Tradição Jurídica Continental: a Convergência de Perspectivas Teóricas .....</b> | <b>1</b> |
| 1.1 Introdução .....   | 2        |
| 1.2 A semelhança estrutural entre o <i>common law</i> e o Direito romano do período clássico .....   | 3        |
| 1.3 A questão da autonomia metodológica do <i>common law</i> em relação ao Direito continental-europeu .....                                   | 10       |
| 1.4 O <i>stylus curiae</i> (e suas implicações) nos sistemas jurídicos de <i>common law</i> e de <i>civil law</i> .....                        | 16       |
| 1.4.1 O estilo francês <i>phrase unique</i> e o seu contexto..   | 16       |
| 1.4.1.1 O estilo <i>phrase unique</i> e a Escola da Exegese .....  | 20       |
| 1.4.1.2 Jurisprudência e criação do Direito em França .....  | 22       |
| 1.4.1.3 As transformações na soberania e o problema da legitimação das decisões: um problema também francês.....                               | 31       |
| 1.4.1.4 Mecanismos contemporâneos de superação do déficit de legitimidade do estilo <i>phrase unique</i> .....                                 | 38       |
| 1.4.2 O estilo discursivo das cortes inglesas e o seu contexto .....   | 43       |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 2.2.3.1 | As condições pragmáticas do princípio democrático em Jürgen Habermas .....   | 158 |
| 2.2.3.2 | A reinterpretação do argumento da injustiça .....  | 162 |
| 2.3     | O conceito pós-positivista de Direito e suas consequências para a teoria jurídica .....  | 165 |
| 2.3.1   | A abertura da teoria jurídica no Pós-Positivismo.  | 167 |
| 2.3.2   | Implicações para a filosofia do Direito .....  | 177 |
| 2.3.3   | Há ainda alguma fronteira entre a teoria jurídica e a filosofia do Direito? (A teoria da argumentação jurídica como elemento normativo da teoria jurídica e da filosofia do Direito) ..... | 186 |
| 2.4     | A teoria dos precedentes como uma teoria jurídica normativa e procedimental .....  | 190 |
| 2.4.1   | A teoria do discurso como base de uma teoria normativa dos precedentes judiciais .....   | 190 |
| 2.4.2   | O “código da razão prática” de Alexy e a justificação jurídica .....   | 203 |
| 2.4.2.1 | Regras fundamentais .....  | 205 |
| 2.4.2.2 | Regras sobre a carga da argumentação   | 206 |
| 2.4.2.3 | As formas de argumento .....   | 207 |
| 2.4.2.4 | Regras de fundamentação .....  | 211 |
| 2.4.2.5 | Regras de transição .....  | 211 |
| 2.4.2.6 | Limites do discurso prático e a necessidade de uma teoria normativa do precedente judicial .....   | 212 |
| 2.4.3   | O Direito como “discurso de aplicação”: a contribuição de Klaus Günther .....  | 217 |
| 2.4.3.1 | A crítica à Tese do Caso Especial/TCE e a diferença entre “justificação” e “aplicação” .....   | 217 |
| 2.4.3.2 | A réplica à crítica da Tese do Caso Especial/TCE e a interpolação entre os discursos de justificação e de aplicação .....  | 225 |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 2.2.3.1 | As condições pragmáticas do princípio democrático em Jürgen Habermas .....   | 158 |
| 2.2.3.2 | A reinterpretação do argumento da injustiça .....  | 162 |
| 2.3     | O conceito pós-positivista de Direito e suas consequências para a teoria jurídica .....  | 165 |
| 2.3.1   | A abertura da teoria jurídica no Pós-Positivismo.  | 167 |
| 2.3.2   | Implicações para a filosofia do Direito .....  | 177 |
| 2.3.3   | Há ainda alguma fronteira entre a teoria jurídica e a filosofia do Direito? (A teoria da argumentação jurídica como elemento normativo da teoria jurídica e da filosofia do Direito) ..... | 186 |
| 2.4     | A teoria dos precedentes como uma teoria jurídica normativa e procedimental .....  | 190 |
| 2.4.1   | A teoria do discurso como base de uma teoria normativa dos precedentes judiciais .....   | 190 |
| 2.4.2   | O “código da razão prática” de Alexy e a justificação jurídica .....   | 203 |
| 2.4.2.1 | Regras fundamentais .....  | 205 |
| 2.4.2.2 | Regras sobre a carga da argumentação   | 206 |
| 2.4.2.3 | As formas de argumento .....   | 207 |
| 2.4.2.4 | Regras de fundamentação .....  | 211 |
| 2.4.2.5 | Regras de transição .....  | 211 |
| 2.4.2.6 | Limites do discurso prático e a necessidade de uma teoria normativa do precedente judicial .....   | 212 |
| 2.4.3   | O Direito como “discurso de aplicação”: a contribuição de Klaus Günther .....  | 217 |
| 2.4.3.1 | A crítica à Tese do Caso Especial/TCE e a diferença entre “justificação” e “aplicação” .....   | 217 |
| 2.4.3.2 | A réplica à crítica da Tese do Caso Especial/TCE e a interpolação entre os discursos de justificação e de aplicação .....  | 225 |

|  |            |
|--|------------|
| 2.4.4 Os conceitos semânticos de “norma” e “interpretação” e os problemas de justificação e aplicação .....                  | 230        |
| 2.4.4.1 O conceito semântico de “norma” .....  | 230        |
| 2.4.4.2 O conceito semântico de “interpretação” .....  | 233        |
| 2.4.4.3 As concepções de “norma” e “interpretação” nas teorias de Alexy e Günther: a opção pelas concepções semânticas ..... | 237        |
| 2.4.5 Justificação e aplicação de precedentes judiciais .....  | 239        |
| Anexo – Tabela das Regras e Formas da Argumentação Jurídica .....  | 241        |
| <b>3. Problemas de Justificação de Normas Derivadas de Precedentes Judiciais.....</b>  | <b>249</b> |
| 3.1 Considerações introdutórias .....  | 250        |
| 3.2 A interpretação de precedentes judiciais: o problema da <i>ratio decidendi</i> .....                                     | 259        |
| 3.3 A força/vinculatividade do precedente judicial .....   | 282        |
| 3.3.1 Os precedentes judiciais como fontes do Direito. Mas que tipo de fonte? .....  | 284        |
| 3.3.2 Fatores institucionais e extrainstitucionais que influenciam a força do precedente .....                               | 302        |
| 3.3.2.1 A determinação do peso dos precedentes como um processo hermenêutico .....   | 302        |
| 3.3.2.2 Fatores institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial .....                                     | 307        |
| 3.3.2.2.1 Contexto institucional ( <i>stricto sensu</i> ) .....  | 308        |
| 3.3.2.2.2 Tradição jurídica .....  | 311        |
| 3.3.2.2.3 Estrutura constitucional ( <i>constitutional framework</i> ) .....   | 314        |
| A) Normas sobre os precedentes do STF e do STJ .....   | 324        |
| (B) Normas relativas às decisões do TST .....  | 328        |

|   |     |
|---|-----|
| (C) Normas referentes aos precedentes horizontais .....                                       | 329 |
| 3.3.2.3 Fatores extrainstitucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial ..... | 329 |
| 3.3.2.3.1 Concepções jurídico-teóricas ...  | 331 |
| (A) Concepções jurídico-teóricas acerca do Direito e do discurso jurídico .....               | 331 |
| (B) Concepções teóricas acerca da dogmática jurídica .....                                    | 333 |
| 3.3.2.3.2 Fatores normativo-estruturais ..  | 338 |
| (A) Caracteres das normas jurisprudenciais .....  | 338 |
| (A.1) O grau de generalidade das normas jurisprudenciais e a força do precedente .....        | 338 |
| (A.2) A estrutura interna das normas adscritas: regras ou princípios? .....                   | 340 |
| (A.2-bis) O diferente modo de aplicação dos princípios e das regras .....                     | 343 |
| (A.2-ter) Princípios e ponderação   | 343 |
| (A.2-quater) Regras jurídicas e subsunção .....   | 345 |
| (A.2-quinquies) O diferente grau de objetivação das regras e dos princípios jurídicos .....   | 347 |
| (A.2-sexies) Princípios e <i>ratio decidendi</i> .....  | 350 |
| (B) Fatores estruturais das teorias elaboradas pelos juízes na fundamentação de suas decisões | 353 |

|  |     |
|--|-----|
| (B.1) A saturação das premissas normativas .....   | 353 |
| (B.2) Coerência da justificação apresentada pelo juiz na decisão a ser tomada como precedente judicial ..... | 354 |
| (B.2-bis) Critérios de coerência segundo Alexy e Peczenik .....  | 357 |
| (i) O número de relações de sustentação .....  | 359 |
| (ii) A extensão das cadeias de fundamentação .....   | 359 |
| (iii) O critério da “fundamentação em sentido rigoroso” ( <i>strong support</i> ) .....                      | 360 |
| (iv) Conexões entre cadeias de sustentação .....   | 362 |
| (v) Relações de prioridade entre princípios .....  | 363 |
| (vi) O critério da justificação recíproca .....  | 363 |
| (vii) Critérios relativos aos conceitos empregados na teoria ....  | 364 |
| (viii) Interconexão entre conceitos .....  | 365 |
| (ix) Número de casos individuais .....   | 366 |
| (x) Diversidade das esferas da vida .....  | 366 |
| (B.2-ter) Relação entre os critérios e princípios da coerência ..  | 366 |
| 3.3.2.3.3 Correção substancial da decisão-paradigma .....  | 368 |
| 3.3.3 A determinação do peso da <i>ratio decidendi</i> : a ponderação das fontes e dos demais fatores        |     |

|   |            |
|---|------------|
| institucionais e extrainstitucionais que influem sobre o precedente .....   | 369        |
| 3.3.3.1 Duas operações básicas no Direito: subsunção e ponderação .....   | 369        |
| 3.3.3.2 Ponderação de princípios e ponderação de razões .....   | 378        |
| 3.4 <i>Mutatis mutandis</i> . O <i>overruling</i> ou ab-rogação do precedente judicial .....  | 387        |
| 3.4.1 O <i>overruling</i> de precedentes meramente persuasivos .....  | 390        |
| 3.4.2 O <i>overruling</i> de precedentes obrigatórios em sentido forte (formalmente vinculantes) .....  | 392        |
| 3.4.3 O <i>overruling</i> de precedentes obrigatórios em sentido frágil .....   | 409        |
| 3.4.4 A “modulação dos efeitos” dos <i>revirements</i> : até que ponto uma solução adequada para o desenvolvimento judicial do Direito? ..... | 413        |
| 3.4.4.1 O <i>prospective overruling</i> no Direito dos Estados Unidos da América .....  | 415        |
| 3.4.4.2 O <i>overruling</i> , a teoria declaratória e o Direito inglês .....  | 422        |
| 3.4.4.3 O <i>prospective overruling</i> no Direito alemão .....   | 432        |
| 3.4.4.4 O <i>prospective overruling</i> no Direito comunitário europeu .....  | 437        |
| 3.4.4.5 A modulação dos efeitos retroativos da jurisprudência e o Direito francês .....   | 443        |
| 3.4.4.6 O <i>prospective overruling</i> no Direito brasileiro .....   | 448        |
| 3.4.4.7 Algumas diretivas gerais para a aplicação da técnica do <i>prospective overruling</i> .....   | 457        |
| <b>4. Problemas de Aplicação de Precedentes Judiciais .....</b>   | <b>467</b> |
| 4.1 A subsunção como regra geral de aplicação de precedentes judiciais .....  | 467        |

|         |   |            |
|---------|---|------------|
| 4.2     | O <i>distinguish</i> e suas duas operações básicas: a redução teleológica e o argumento <i>a contrario</i> .....  | 470        |
| 4.2.1   | A redução teleológica e o caráter superável ( <i>defeasible</i> ) das regras jurídicas .....  | 474        |
| 4.2.1.1 | A superabilidade ( <i>defeasibility</i> ) das normas jurídicas e os conflitos normativos: as regras jurisprudenciais como obrigações <i>prima facie</i> ..... | 479        |
| 4.2.1.2 | A superabilidade dos precedentes judiciais e o princípio da igualdade .....   | 484        |
| 4.2.2   | O argumento <i>a contrario</i> e a diferenciação de precedentes judiciais .....   | 488        |
| 4.2.2.1 | As formas simples do argumento <i>a contrario</i> : replicação e equivalência .....   | 491        |
| 4.2.2.2 | A forma mais complexa de argumento <i>a contrario</i> : o raciocínio <i>a contrario</i> contextual .....  | 495        |
| 4.3     | A aplicação de precedentes por analogia .....   | 502        |
| 4.3.1   | Uma breve introdução histórica .....  | 502        |
| 4.3.2   | O conceito de analogia <i>iuris</i> e seu anacronismo .....   | 506        |
| 4.3.3   | A concepção corrente acerca da estrutura da argumentação jurídica por analogia .....  | 509        |
| 4.3.4   | Os princípios e a estrutura da argumentação por analogia .....  | 520        |
| 4.3.5   | Um exemplo de aplicação do modelo .....   | 526        |
| 4.3.6   | A analogia e a interpretação extensiva: diferenciação .....   | 532        |
| 4.4     | Problemas de aplicação, comparação e ponderação: uma integração de perspectivas .....   | 533        |
|         | <b>Conclusão</b> .....  | <b>539</b> |
|         | <b>Referências Bibliográficas</b> .....   | <b>545</b> |