



Pedaladas do TCU ou prospective overruling? (parte 3)

Prosseguindo na discussão sobre as técnicas de superação do precedente, tratemos agora de três outras perspectivas do “direito contrastado” (de distintas tradições jurídicas), numa contribuição reflexiva sobre mecanismos que buscam a segurança jurídica e a preservação da confiança no Tribunal e no Direito no momento de superação de anteriores decisões.

A introdução da discussão sobre o “*Prospective Overruling*” no **direito Inglês**, se deu com base na proteção da confiança e da segurança jurídica, a partir de manifestação do Lord Simon em dois casos julgados: *Jones v Secretary of State for Social Services* [1972] e *Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd* [1975], nos quais se referiu ao Direito Norte-Americano, e a prática do “*Prospective Overruling*” no caso *Linkletter v. Walker* (1965) 381 U.S. 618. [i]

Tratando do **direito Alemão**, o professor Antonio do Passo Cabral, baseando suas observações no fato de que no sistema do *civil law* as decisões não seriam vinculatórias, refere que a jurisprudência consolidada gera padrões de conduta individual, e por este motivo “*deve haver proteção às posições estáveis quando da mudança de jurisprudência*”. Aborda uma técnica germânica que denomina de “preventiva”, de “**anúncio público de revisão de entendimento**”, chamado de “*Decisão ou Julgamento Alerta*” (*warnurteil*) de que a Corte poderá mudar de posição no futuro, fazendo com que as partes não mais confiem em determinado entendimento, resguardando-se as expectativas de aplicação do direito (*Rechtsanwendungserwartungen*). [ii]

No que se refere ao **direito Italiano**, o jurista Michele Taruffo observa que neste país existem algumas poucas regras sobre o precedente, mas não há a presença de precedentes vinculantes (*binding precedents*), mesmo os julgamentos da Suprema Corte, que possuem apenas uma fraca força persuasiva. Também não há na Itália a presença do “*prospective overruling*”, embora os julgados da *Corte di Cassazione* sejam especialmente persuasivos. Se os juízes os seguirem haverá então uma “*giurisprudenza consolidata*” ou “*conforme*”. [iii]

Para todos os casos acima, é importante ainda o conceito de “*Narrowing Precedent*”, para estabelecer uma distinção conceitual, com uma miríade de possibilidades combinatórias, embora precedidas por uma reflexão sobre o argumento de Frederick Schauer acerca da “*Path Dependence*”, que teria (des)modelado o “Positivismo Jurídico”. [iv]

Visão historicamente instrumental caracteriza a abordagem da “dependência da trajetória” (*Path Dependence*), buscando a recuperação de ideias que foram modificadas ou atingidas pela passagem do tempo, por uma gama de variadas razões. Vale dizer, se uma ideia no passado possuiu mais de um mecanismo avaliável, e se um deles se torna “popular”, saliente, importante ou interessante, será justamente esta parte (“popular”, saliente, importante ou interessante) que será mais discutida, explicitada e ilustrada.[v]

Por sua vez, essas partes discutidas, explicitadas e ilustradas é que serão, a seu turno, elas mesmas, discutidas, explicitadas e ilustradas, e assim por diante, de uma maneira que faz lembrar os galhos de uma árvore, que geram outras bifurcações e outros galhos. Olhando para os sub-galhos menores, oriundos de um galho maior, prévio e comum, podemos nos cegar para a existência de outros galhos

principais, assim como nos focarmos exclusivamente nos fragmentos subsequentes da parte de uma ideia principal, o que pode nos levar a ignorar as outras partes, partes estas, cuja importância pode ter sido esquecida justamente como consequência do processo de “*path-dependence*”. Alega-se que o positivismo jurídico, no passado, era composto por três importantes tópicos da teoria jurídica, em uma relação de ancestralidade com o moderno positivismo jurídico. [\[vi\]](#)

Ou seja, tendo em mente a análise do TCU sobre as contas da Presidente da República, importa o conjunto dos julgadores que irão avaliar/decidir, o elemento sancionatório e coercitivo, e, a relação entre teoria do direito e reforma jurídica, sob o pálio Constitucional do Estado de Direito, que suas avaliações/decisões se salvaguardem pela proteção da segurança jurídica.

Para que possamos compreender e aprimorar a maneira pela qual as decisões (administrativas ou judiciais) são proferidas, essas observações são extremamente importantes. Seguimos com o argumento de Robert G. Scofield sobre a modelação da “*ratio decidendi*”, conforme concebida por Arthur Goodhart, de maneira realizar algumas poucas concessões ao positivismo lógico e ao realismo jurídico, ainda no Século XX. [\[vii\]](#)

Conforme observado por Robert Scofield, na primeira metade do século XX houve um crescente e intenso debate sobre a noção de “*ratio decidendi*”, e haviam três questões recorrentes. Primeiro, juízes tentavam compreender quais os casos decididos por cortes de jurisdição similar eram obrigatórios, ou se possuíam força meramente persuasiva. Segundo, teóricos ingleses e juízes se debatiam acerca de como se determinava a “*ratio decidendi*” em casos nos quais os juízes de um Tribunal emitiam opiniões separadas, vale dizer, qual a “*ratio*”, se houvesse alguma, poderia ser derivada de vários juízes. Terceiro, saber se seria significativo e útil o conceito de “*ratio decidendi*”. Os dois primeiros pontos teriam sido parcialmente superados, e o terceiro teria sido deflagrado em 1930 através do famoso artigo de Arthur Goodhart, “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*”. [\[viii\]](#)[\[ix\]](#)

A teoria da “*ratio decidendi*” de Arthur Goodhart representou uma resposta a duas das maiores questões intelectuais que estavam em evidência na primeira parte do século XX, e que ameaçavam a inteligibilidade do conceito de “*ratio decidendi*”: o Realismo Jurídico e o “Positivismo Lógico”. Ou seja, Arthur Goodhart tentou salvar a noção de “*ratio decidendi*” fazendo algumas concessões aos Realistas Jurídicos e aos “Positivistas Lógicos”, concedendo a eles a reivindicação de que não importa o que os juízes digam em suas decisões, pois não precisaria ser tomado como explicação acerca do porque eles decidem os casos da maneira que o fazem. [\[x\]](#)

E ele fez isso concedendo ao Positivismo Lógico uma maneira de articular “*rationes decidendi*” com menos metafísica do que fora concedido no passado. A teoria jurídica possuía duas grandes maneiras de visualização da “*ratio decidendi*”: 1) a teoria clássica, que sustenta que a “*ratio*” é a regra, ou o princípio, que o Tribunal, decidindo um caso, considera necessário para o resultado alcançado, e 2) a teoria de Arthur Goodhart, para quem a “*ratio*” consiste nos fatos que o juiz, no caso precedente, acreditou que fossem materiais, e a decisão do juiz baseada naqueles fatos. [\[xi\]](#)

Tanto assim que Rupert Cross e J. W. Harris, em sua obra clássica (*Precedent in English Law*), articulam exemplo de “*ratio decidendi*” sob o pálio da teoria clássica, comparando posteriormente como o mesmo exemplo seria tomado pela outra teoria: “Um motorista de um veículo não possui nenhum dever de cuidado a respeito de sua condução com relação as pessoas na área de potencial perigo, o qual



razoavelmente deveria ter sido contemplada como resultado de sua própria negligência”. Sobre a teoria de Arthur Goodhart, menciona-se que teria o seguinte o exemplo: “Em quaisquer casos futuros, nos quais os fatos são A, B e C, a Corte deve reconhecer a conclusão X...”. [xii]

A concessão de Arthur Goodhart decorreu de sua estada nos Estados Unidos, em contado com vários realistas jurídicos, notadamente de suas discussões e reflexões com Herman Oliphant, e o temor de que as decisões judiciais pudessem ser completamente ignoradas; em certo ponto a teoria de Goodhart poderia ser vista como uma teoria da “*ratio decidendi*” pertencente ao Realismo Jurídico, embora os realistas jurídicos, como Karl Llewellyn, discordassem, e, considerando ainda o fato de que os realistas jurídicos não se interessam muito pela “*ratio decidendi*”. Este último, aliás, acreditava que a doutrina do precedente incluía técnicas de desvio e de amassar ou estreitar o precedente “*Narrowing Precedent*”. [xiii]

Voltando ao caso do julgamento do TCU sobre as contas da Presidente da República, a “*ratio decidendi*” não deve estar ligada ao realismo jurídico, ou seja, não se deve permitir o “amassamento” ou a “compactação” dos precedentes, **pois a Constituição e as Leis não são aquilo que os Tribunais dizem que eles são**, devendo ser afastado o que disse há muito tempo o Justice Charles Evan Hughes, pois a Constituição e as Leis são aquilo que o Poder Constituinte e Derivado disseram que elas são. [xiv] Ou seja, a “*ratio decidendi*” no caso do TCU sobre o julgamento das contas da presidente da República é: “existindo irregularidades (pedaladas fiscais)” a conclusão deve ser “aprova-se, embora com ressalvas”. Pode haver mudança, evidentemente, mas desde que se realize “*para o futuro*”, com a técnica do “*Prospective Overruling*”.

Neste sentido, representaria verdadeira “pedalada jurisprudencial”, o ato de “amassar” e/ou “estreitar” o precedente, próximo ao conceito de “precedentes nativos”, uma vez que os diversos modelos nativos de aproveitamento dos “precedentes”, criam uma espécie de mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho multifacetado amplia a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que “produz e transmite na aplicação do direito.” [xv]

Ainda que inadequada, seria possível visualizar a realização da combinação das duas técnicas: “*Prospective Overruling*” + “*Narrowing Precedent*”, como se discute com alguma frequência nos Estados Unidos. Mesmo que não fosse correta, representaria uma solução que buscaria deixar de aplicar o que foi decidido, mas com a preservação de que isso seria feito em um caso futuro. Feitas essas considerações, retomemos o conceito de “*Narrowing Precedent*”, conhecido como a 5ª técnica do Precedente.

Observa-se que a técnica de “*Narrowing*” ocorre quando o Tribunal declina em “aplicar um precedente existente” (a), mesmo que na própria visão da Corte o precedente seja a melhor alternativa a ser tomada, quando o Tribunal se recusa a realizar também o “*Distinguishing*” (b), o “*Overruling*” (c), o “*Extending*” (d), e acaba por utilizar uma quinta técnica, menos conhecida: (e) “*Narrowing Precedent*”, isto é, interpreta o precedente de uma tal maneira que seja mais limitada em seu escopo do que seria na sua melhor leitura possível, como que “comprimindo” para que caiba outra modelagem ao precedente, e para que ele sobreviva de maneira “alterada”. [xvi]

Verifica-se que um Tribunal em geral, e o TCU em particular, não estão legitimados a alterar seu entendimento sem que utilize técnica constitucionalmente adequada para a preservação da segurança jurídica, como o “*Prospective Overruling*”, ou mesmo o “*julgamento Alerta*”, conforme as experiências



antigas e contemporâneas do Direito Contrastado. Esta observação também está embasada na necessidade de transparência e “controlabilidade” da decisão judicial, que deve estar a salvo dos perigos e das tentações do realismo jurídico, com vistas a vitalizar as condições de possibilidade de uma decisão “íntegra”, “estável” e “coerente”.

[i](#) CROMWELL, Godfrey. **Case Law and the Doctrine of Precedent**. The British East-West Centre. British Embassy Yerevan, 2006, p. 34-35.

[ii](#) A **técnica do Julgamento Alerta** foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Trabalhista: **BVerfGE 34, 9 (26)** e **BAGE 21, 237 (245)**. Cfr: CABRAL, Antonio do Passo. **A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada**. *Revista de Processo*, ano. 38, n. 221, jul., 2013; CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e Alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do Julgamento Alerta. Em: DANTAS, Bruno et al. (Org). **O Papel da Jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.

[iii](#) TARUFFO, Michele. Judicial Rulings with Prospective Effect in Italy. In: STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions – **Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**, vol. 3, London: Springer, 2015, p. 203-206. **Mas o caso italiano se explica**: por causa do quanto contido no art. 101 da Constituição Italiana, que diz expressamente que a justiça é administrada em nome do povo e que os juízes estão sujeitos somente à lei: “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”[], razão pela qual Gustavo Zagrebelsky invoca o cerne do pensamento do Justice Robert Jackson, no caso da saudação obrigatória à bandeira (West Virginia Board of Education v. Barnette, 319. U. S. 624, 1943), para referir que os direitos fundamentais já não podem mais ser votados, pois já o foram, de uma vez por todas, em sua origem: “O autêntico propósito de uma declaração de direitos [Bill of Rights] é subtrair certas matérias às vicissitudes das controvérsias políticas, situá-las mais além do alcance de políticos e funcionários”, numa ideia de “legalidade constitucional”. [] Essa exclusão assegura certa estabilidade, necessária à segurança. Cfr. Tradução livre. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política**. Trad. Manuel Neira. Madrid: Trotta, 2007, p. 26-27.

[iv](#) Existem, obviamente, muitas possibilidades de análise sobre o “positivismo”, sobre “pós-positivismo”, e sobre o “Direito Constitucional Contemporâneo”. Aqui realizamos uma abordagem a partir de Frederick Schauer. Cfr. SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, p. 957-976.

[v](#) SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, p. 959.

[vi](#) Seriam elas: **1) A relação entre a teoria do direito e a reforma jurídica**, ou seja, que a natureza do direito deve ser desenvolvida não apenas de maneira a compreendê-la, ou de uma descrição adequada,

mas também como forma de facilitar a sua própria reforma ou a reforma de como a sociedade entende a ideia de direito. Esta a primeira dimensão que teria sido obscurecida pela passagem do tempo. 2) **O positivismo jurídico, durante o século XIX, estava focado na importância da coerção, da força e da sanção, como componentes centrais do Direito**, mas com a criação das teorias jurídicas com propósito de reforma; esta ênfase no lado coercitivo do Direito também acabou sendo “banido” para uma espécie de “purgatório jurisprudencial”, por razões (e com consequências) que merecem futuros exames. 3) **O terceiro elemento perdido nas versões iniciais do positivismo jurídico foi o seu foco na tomada de decisões judiciais, e no papel dos juízes**; os positivistas jurídicos modernos, de 1961 em diante (ano de publicação de “*The Concept of Law*”, de H.L.A Hart), passaram a uma muito útil reflexão acerca da natureza do direito, mas desconsideraram a teoria da decisão judicial como uma parte necessária, ou mesmo importante, da perspectiva positivista, com algumas exceções (entre elas: Ronald Dworkin nos EUA, e Lenio Streck no Brasil).

[vii](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol. 16, 2005.

[viii](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol. 16, 2005, p. 312.

[ix](#) GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **Yale Law Journal**, vol. 40, 1930.

[x](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol. 16, 2005, p. 312.

[xi](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol. 16, 2005, p. 312.

[xii](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol. 16, 2005, p. 312. Há versão espanhola desta obra: **El precedente en el Derecho inglés**, trad. Angélica Pulido, Barcelona: Marcial Pons, 2012.

[xiii](#) SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **The King's College Law Journal**, vol.



16, 2005, p. 322-328.

[xiv](#) Decisões passadas, ainda que evivocadas, quando abraçadas peça coisa julgada, possuem força de lei.

[xv](#) GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade**: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

[xvi](#) RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014, p. 1861-1912.

Date Created

08/09/2015