

UM CONTRASTE ENTRE DECISÕES CONTRA LEGEM E AS TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

A CONTRAST BETWEEN CONTRA LEGEM DECISIONS AND THE TECHNIQUES OF OVERRULING PRECEDENTS

Vinicius de Souza Faggion

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).
E-mail: vsfaggion@gmail.com.

Recebido em: 01/07/2019
Aprovado em: 05/05/2020

RESUMO: Este artigo faz um contraste entre a possibilidade prática e moral de decisões judiciais contra legem de um lado e, do outro, de decisões judiciais baseadas em precedentes e superadas pelas técnicas do distinguishing e do overruling. Através da análise de caso cuja aplicação do precedente prevalece, e de exemplos reais e hipotéticos, o objetivo é demonstrar que decisões contra legem propriamente entendidas implicam vereditos não só contrários a autoridade de precedentes em força, mas são desvios ao direito diversos das técnicas de superação de precedentes já mencionadas. Desse modo, não apenas contrariam a literalidade de regras jurídicas, mas têm o potencial de razoavelmente contrariar a autoridade institucional do direito. Se o contraste for correto e instancias de decisões contra legem forem moralmente permissíveis, será necessário discutir com maior cuidado o conjunto das obrigações que juízes têm sobre a aplicação do direito.

Palavras-chave: Decisões *contra legem*. Precedentes. *Distinguishing*. *Overruling*. Obrigações judiciais.

ABSTRACT: This article presents a contrast between the practical and the moral possibility of ‘contra legem’ judicial decisions on the one hand and, on the other, of judicial decisions based on precedents and surmounted by the techniques of distinguishing and overruling. Through a case analysis whose application of the precedent prevails, and of real and hypothetical examples, the objective is to demonstrate that ‘contra legem’ decisions properly understood imply verdicts not only contrary to the authority of precedents in force but are deviations from law different from the techniques of overruling legal precedents already mentioned. Thus, not only do they contradict the literality of legal rules, but also they have the potential to reasonably contradict the institutional authority of law. If the contrast is correct and instances of ‘contra legem’ decisions are morally permissible, it will be necessary to discuss more carefully the set of obligations that judges have on the application of the law.

Keywords: ‘*contra legem*’ decisions. Precedents. *Distinguishing*. *Overruling*. Judicial obligations.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O papel dos juízes e sua obrigação de fidelidade ao direito. 2 A tensão da autoridade dos precedentes sobre as decisões contra *legem*. 2.1 Uma definição para decisões contra *legem* genuínas. 2.2 Duas teorias influentes sobre precedentes. 3 Desvios ao direito e o *distinguishing*. 4 Decisões *contra legem* e o *overruling*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há ocasiões nas quais juízes se deparam com casos cuja subsunção às regras que lhes são aplicáveis produzem resultados injustos ou moralmente indesejados para autores ou réus. Também se deparam com precedentes cuja decisão passada também se mostra inadequada do ponto de vista da moral a uma das partes do processo, que é inocente e, portanto, não mereceria o veredito desfavorável imposto.

Neste artigo argumenta-se que para solucionar adequadamente esses tipos de casos – conhecidos na literatura como moralmente subótimos – juízes têm que desconsiderar a aplicação dos precedentes em força e decidir *contra legem*, muito embora essa prática possa ser vista como um desvio de conduta sobre as obrigações típicas dos juízes.

A teoria de decisão que subjaz os argumentos em favor das decisões *contra legem* é o particularismo sensível a regras. De acordo com ela, o trabalho do juiz é zelar pela administração da justiça e assegurar que o poder de coerção do Estado seja exercido apenas em circunstâncias moralmente justificadas. Para tanto, o juiz deve levar em conta todas as considerações morais relacionadas aos casos que julgam, mesmo que entre elas haja razões morais que contrariam a autoridade do direito em força. O particularismo sensível a regras disputa espaço entre duas outras teorias de decisão populares, nomeadamente, o formalismo jurídico e o direito como integridade.¹ Essas duas dominam as discussões acerca da autoridade dos precedentes e sobre as obrigações judiciais, como restará demonstrado ao longo do artigo.

A discussão girará em torno de alguns casos verídicos e fictícios que clamam por decisões *contra legem*, e que desafiam a aplicação dos precedentes em força. A meta é provar que decisões *contra legem* genuínas são desvios ao direito, ou seja, são vereditos que estão à margem da prática institucional do direito, embora sejam moralmente justificáveis. Isso será feito através de um contraste entre decisões que desviam do direito *simpliciter* e vereditos alcançados pelas técnicas de superação de precedentes, nomeadamente, o *distinguishing* e o *overruling*. Demonstrar-se-á como essas técnicas de superação são incapazes de solucionar casos subótimos satisfatoriamente. Caso correta, a argumentação indicará que, talvez, as decisões *contra legem* deverão ser reconhecidas como uma responsabilidade moral do juiz durante o julgamento.

O artigo será dividido em quatro partes:

A primeira explicita o problema ao descrever as obrigações usuais dos juízes durante a tomada de decisão. Ainda nessa etapa, são apresentados os tipos de casos motivam decisões *contra legem*.

A segunda apresenta uma definição mais precisa do que são decisões *contra legem* ou desvios ao direito. As teorias sobre precedentes calcadas no formalismo e no direito como integridade também são expostas. O propósito dessa seção é explicar como essas teorias não permitem decisões *contra legem* e, por consequência, impedem que os casos subótimos sejam decididos da forma correta.

Por fim, na terceira e quarta partes são apresentadas as razões favoráveis ao contraste entre as decisões *contra legem* e as técnicas de superação de precedentes; primeiro o *distinguishing*, depois o *overruling*. Como se verá, quando essas técnicas são empregadas conforme a doutrina

¹ O particularismo sensível a regras é patrocinado por autores como Heidi Hurd (2019), Leslie Green (2014) e Anthony Reeves (2010). Já o formalismo e o direito como integridade tem como principais expoentes Frederick Schauer (1991) e Ronald Dworkin (1986), respectivamente.

recomenda, elas são incapazes de solucionar casos subótimos satisfatoriamente, pois cada modo de superação contém aspectos sutis que impedem a otimização moral das decisões judiciais.

1 O PAPEL DOS JUÍZES E SUA OBRIGAÇÃO DE FIDELIDADE AO DIREITO

Juízes são oficiais do direito cuja função mor é, por óbvio, proferir vereditos em disputas judiciais sobre pretensões de direitos. Essa função implica o cumprimento de algumas exigências como neutralidade, imparcialidade, honestidade e cordialidade.

É também bastante comum a afirmação de que juízes têm a obrigação de decidir sempre guiados por padrões do direito, ou seja, é uma exigência do cargo que magistrados decidam conforme materiais jurídicos reconhecidos pela prática institucional. A presunção é de que um veredito só é legítimo e correto se o juiz decidir em favor (ou contra) uma pretensão legal por meio de regras, princípios, precedentes ou qualquer outro padrão jurídico que tenha força de lei.

Então, é intuitivo assumir que juízes teriam uma obrigação moral de aplicar o direito, e isso implicaria num dever de respeitar padrões jurídicos institucionais. Para ser ainda mais preciso, juízes teriam uma *obrigação especial de fidelidade*, derivada não somente de uma obrigação moral geral de obediência ao direito – que comumente presume-se que todo cidadão tenha – mas de uma obrigação vinculada diretamente à posição profissional do juiz como oficial do direito (BRINK, 1985; LYONS, 1984). Juízes possuiriam tal obrigação especial em razão de voluntariamente terem assumido o cargo que ocupam, ou por ter prestado um juramento de lealdade à ordem jurídica onde exercem sua jurisdição, ou ainda em respeito à confiança pública que cidadãos depositam no desempenho da função judicial, que, por vezes, se confunde com a obediência às regras do direito.

Sobre esse tipo de obrigação há o argumento de que o direito não pode ser visto como um sistema autossuficiente de leis determinadas de antemão à moda como pensavam os exegetas. Ele é muito mais amplo que as regras já existentes. Porém não é esse o sentido pretendido com a obrigação de fidelidade. Essa última admite com pouca dificuldade que sistemas jurídicos contêm padrões normativos vagos, indeterminados ou lacunas (casos não regulados), de modo que a obrigação moral de fidelidade ao direito autoriza e atribui poder para que juízes interpretem ou preencham as lacunas do direito ao decidir. É o caso, por exemplo, da regra prevista no art. 140 do Novo Código de Processo Civil brasileiro: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Dessa maneira, é seguro afirmar que sistemas jurídicos geralmente autorizam alguma margem de discricionariedade ao tomador de decisão.

No entanto, os casos que interessam à discussão não são aqueles em que o juiz deve preencher lacunas quando o direito é indeterminado. Eles são casos nos quais o juiz deixa que considerações extrajurídicas superem regras de decisão cujas prescrições são relativamente claras e determinadas (GOLDSWORTHY, 2011). Isso ocorre quando juízes desconsideram regras primárias de aplicação, que preveem uma consequência determinada X sobre um fato ϕ (e. g., regra do Código de Trânsito que prevê a cassação da habilitação do condutor que dirigia sem o cinto de segurança), e regras secundárias de julgamento que fixam procedimentos à tomada de decisão (e. g., regra de adjudicação que requer que juízes decidam de acordo com precedentes fixados por cortes superiores).

Ainda acerca da obrigação moral de fidelidade entre juízes e materiais jurídicos institucionalizados, é confortável assumi-la como um truísmo do cargo judicial. Por exemplo, M. B. E. Smith reconhece que o fato “de que juízes estão sempre legal e moralmente vinculados a seguir o direito é, sem dúvidas, sabedoria convencional não só entre teóricos do direito, como também pessoas leigas” (SMITH, 1999, p. 1658, tradução nossa).² Também geralmente se supõe que tal obrigação moral de fidelidade impede a introdução de considerações morais externas ao conteúdo do direito (REEVES, 2010).

² No original: “...that judges are always legally and morally bound to follow the law is undoubtedly the conventional wisdom among legal scholars and laypeople alike”.

Podemos chamar essa obrigação moral entre juízes e ordens jurídicas de *tese institucional*, que prescreve o seguinte: os limites da atividade-fim do juiz, ou melhor, os limites do seu julgamento, se esgotam tanto pela aplicação dos padrões normativos previstos em ordens jurídicas, quanto pela autorização legal para o exercício da discricionariedade. Logo, de acordo com a tese, se o juiz desconsidera um veredito conforme a regra jurídica prescrita como solução ele não estará agindo conforme os deveres do seu papel. Ao decidir contra o direito tal juiz incorreria num ato *ultra vires*, reprovável não só legal quanto moralmente.

Mas será que um juiz que resolve julgar contra os padrões da prática jurídica institucional estará realmente sempre cometendo um ato moralmente errado e incompatível com o papel judicial?

Para ilustrar o questionamento acima considere o seguinte exemplo proposto por Jeffrey Brand-Ballard:

Yasmin é uma viúva empobrecida que está alugando um apartamento de Rafael, proprietário rico que herdou o imóvel e nunca trabalhou na vida. Yasmin deixou de pagar vários meses de aluguel. Rafael propôs uma ação de despejo perante o juiz Lucas. Eu estipulo que Yasmin é moralmente inocente. Ela está velha e frágil demais para trabalhar. Sua pensão não é suficiente para pagar o aluguel. Nem a justiça retributiva, nem a justiça corretiva exigem uma decisão contra Yasmin. Ela não fez nada para merecer o despejo, sob o ponto de vista da moralidade (embora, juridicamente, ela tenha descumprido um contrato). O juiz Lucas também não viola os direitos morais de qualquer pessoa se decidir a favor de Yasmin. Essa decisão viola os direitos jurídicos de Rafael, mas, para começar, Rafael não tinha, ausentes as normas jurídicas, um direito moral de receber o aluguel de Yasmin. O direito de propriedade em vigor, suponhamos, não consegue atender às exigências da justiça distributiva, já que ele fornece um sistema social de proteção inadequado para pessoas que se encontram na situação de Yasmin. O despejo de Yasmin também não vai maximizar a utilidade combinada de Yasmin e Rafael, visto que Yasmin precisa mais de seu apartamento do que Rafael do dinheiro dela. Se o direito não exigisse o despejo, o juiz Lucas teria uma razão moral *all-things-considered* para rejeitar o pleito de Rafael. No entanto, a norma que regula o caso requer que ele acolha o pleito e expulse Yasmin. (BRAND-BALLARD, 2014, p. 81).

Esse caso hipotético demonstra uma circunstância na qual, para decidir conforme o padrão jurídico previsto pelo direito, o juiz estará tomando uma decisão injusta comparada à possibilidade de decidir *contra legem*. Assim, se a *tese institucional* for correta, o julgador falharia no seu papel como juiz se decidisse afastar a regra do despejo no caso em questão.³ No entanto, se fosse permitido que assim decidisse, o juiz não cometeria um erro moral ao dar ganho de causa para a pobre viúva, muito pelo contrário, o veredito soa louvável. Desse modo, casos como o de Yasmin põem em dúvida a validade da tese institucional, de maneira que, embora a decisão seja legalmente impermissível, ela é moralmente justificada.⁴

O exemplo dado é do tipo *subótimo*. Casos de resultado *subótimo* são justamente aqueles que requerem do juiz um veredito em que, consideradas todas as coisas (“*all-things-considered*”),

³ Há algum tempo uma série de filósofos políticos e do direito passaram a duvidar que o direito é capaz de impor obrigações morais sobre os seus governados. Nomes respeitados como Joseph Raz (2009), Leslie Green (2014), John Simmons (1981) e William Edmundson (2004) argumentam que não existem tais obrigações ou ao menos que ainda não foi encontrado um argumento decisivo que as fundamente. Diante desse consenso emergente teóricos como o próprio Leslie Green, bem como Anthony Reeves (2014), Heidi Hurd (1999), Jeffrey Brand-Ballard (2010; 2014) e Michael Huemer (2018) também começaram a questionar se faz sentido manter a tese institucional. Noutras palavras, se cidadãos não são obrigados a obedecer ao direito, é possível que juízes também não o sejam.

⁴ Para outros exemplos semelhantes consultar Brand-Ballard (2010), Shapiro (2001) e Hurd (2003).

ele teria razões para evitar se o direito assim o autorizasse (BRAND-BALLARD, 2010). Noutras palavras, se fosse permitido que juízes considerassem todas as razões morais disponíveis em torno do caso, eles provavelmente escolheriam razões *contra legem*.

Para melhor entender essa categoria de casos, é importante identificar o que são casos *ótimos*. O tipo *ótimo* representa, na normalidade das ocasiões, parte substantiva dos casos regulados por uma ordem jurídica.⁵ São ótimos porque o resultado esperado pela aplicação do direito é congruente com uma leitura razoável e justificada pelas nossas melhores crenças morais a respeito dos casos avaliados. Por exemplo, o Código Penal brasileiro contém o art. 121, que tipifica o crime de homicídio. Se um sujeito mata outro e não existir circunstância de legítima defesa, ele tem que ser punido com pena de reclusão. Aplicar o art. 121 nesse caso produz um resultado ótimo, pois temos a crença moral justificada de que o homicídio é prática reprovável e requer punição. Então, aplicar o direito para punir o homicídio é um resultado ótimo porque nossas melhores razões morais também o requer. Mesmo que imaginássemos uma sociedade onde não houvesse leis penais institucionalizadas, é plausível que nossas crenças morais exigissem algum tipo de punição a homicidas. Logo, em casos ótimos é correta a expectativa de que juízes alcancem o resultado esperado ao aplicar uma regra penal, porque seria errado decidir em contrário (*i.e.*, hipótese de o juiz absolver o réu que comprovada e dolosamente cometeu o homicídio).

Já em se tratando de casos subótimos existe uma assimetria entre o veredito que o direito requer e o resultado moral que esperávamos obter, ou seja, o veredito, embora legítimo, é moralmente questionável.⁶

Porém, apesar da aparente permissibilidade moral de se decidir *contra legem* em casos como o da viúva Yasmin, teóricos como Schauer (1991), Alexander & Sherwin (2001), e Goldman (2002), acreditam que vereditos subótimos são inevitáveis em qualquer ordem jurídica. Esses autores admitem que em sistemas jurídicos razoavelmente justos, ou seja, na maioria dos Estados atuais que têm cartas de direitos que asseguram o respeito a direitos básicos ou fundamentais, juízes têm uma obrigação moral resolva de obedecer aos padrões do direito em todos os casos.⁷ Tal exigência é bem condensada no que Brand-Ballard chamou *tese do solapamento*:

De acordo com a tese do solapamento, quaisquer razões (inclusive razões morais) que um juiz pode ter para alcançar um resultado *contra-jurídico* são solapadas. A tese do solapamento implica que os juízes têm razões morais *all-things-considered* para aderir ao direito em todos os casos. Ela implica que é sempre objetivamente errado (para um juiz) desviar-se do direito, mesmo quando o direito requer resultados objetivamente ruins. Esse é um princípio absoluto de fidelidade judicial ao direito. (BRAND-BALLARD, 2014, p. 87-88).

Mas então, o que essa discussão a respeito da obrigação judicial e decisões em casos subótimos têm a ver com precedentes judiciais? Como foi sugerido mais acima, há um argumento muito influente de que juízes não podem se furta a decidir um caso sem aplicar padrões jurídicos, quer assumam diretamente a forma de regras, como foi o caso ilustrado pelo exemplo de Brand-Ballard, como também de outras normas ou formas de decisão judicial que têm força de regra, logo,

⁵ É possível, que existam sistemas jurídicos cujas normas produzem muito mais resultados subótimos que ótimos. Porém, um sistema com essa configuração, se não for um regime opressor, dificilmente teria estabilidade e seria respeitado e obedecido pelos governados, já que parte substancial das suas normas de conduta e coerção frequentemente produziriam consequências jurídicas injustas.

⁶ Para mais distinções conceituais entre casos ótimos e subótimos a leitura dos Capítulos 5 de Schauer (1991) e de Brand-Ballard (2010) é sugerida.

⁷ Por exemplo, ao comentarem sobre a força e a vinculação de regras que consideram sadias, ou seja, não maculadas por vícios aparentes de validade ou constitucionalidade, Alexander e Sherwin (2008, p. 122) sustentam o seguinte: “quando regras sãs parecem prescrever resultados equivocados, juízes devem deixá-las em seu lugar, e decidir conforme elas exigem.” (tradução nossa). No original: “When sound rules appear to prescribe mistaken results, judges should leave them in place and decide as they require”.

precedentes. Para tornar o problema mais claro, considere agora esse outro exemplo, baseado num precedente real:

Em *Gonzalez v. Raich* (2005) a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o plantio caseiro de *marijuana* não deve ser permitido, mesmo em Estados onde o consumo da droga é autorizado para fins medicinais.⁸ O caso envolveu o julgamento da reclamação de duas cidadãs enfermas que pleiteavam o direito ao cultivo medicinal da substância, já que os médicos concluíram que somente o extrato anestésico da droga reduziria seu sofrimento. Apesar da legislação do Estado da Califórnia não proibir o plantio – a partir de 1996 o *Compassionate Use Act* regulamentava o cultivo medicinal –, a apreensão e a destruição da droga foram feitas por agentes federais em respeito ao *Controlled Substances Act* (1970), Lei Federal que proibia o cultivo sob quaisquer fins. A Suprema Corte decidiu que a Lei Federal era constitucional de modo que o Governo Federal teria autoridade para apreender e destruir o plantio de caseiro de *marijuana* em quaisquer Estados. Logo, por força da verticalidade do precedente, ele exerce autoridade sobre todos os tribunais inferiores e é vinculante sobre todos os casos futuros semelhantes.

Agora, suponha o caso do Sr. Wilson, que sofre com ataques epiléticos e descobriu após exames médicos que substâncias extraídas da *marijuana* são o único fármaco capaz de fazê-lo ter uma vida normal. Wilson sabe que nos EUA laboratórios médicos comercializam legalmente a substância que precisa, só que as doses necessárias para aliviar seus sintomas precisam ser contínuas. O medicamento é caro e Wilson é um sujeito de classe média baixa, incapaz de arcar com os custos. A despeito dos problemas legais envolvidos, Wilson resolve cultivar *marijuana* por contra própria para aplacar sua condição médica. Mas, por causa de denúncias, agentes do FBI apreenderam e destruíram sua produção.

Inconformado, Wilson procura um defensor, que, mesmo a par de *Gonzalez v. Raich*, mas sabendo que seu Estado legaliza o uso de extratos de *marijuana* para fins medicinais, entra com uma reclamação à corte competente para avaliar casos dessa natureza (a Corte Federal Distrital). A moção alega que a extrema necessidade de Wilson torna necessário o plantio ilegal da droga e insiste que o Congresso não tem autoridade para contrariar a legalização estadual do plantio para fins terapêuticos. Steven, juiz responsável por fazer a relatoria do caso, certamente tem ciência do precedente da Suprema Corte. É seu dever institucional como juiz aplicá-lo, já que o caso é pacificado. Porém, Steven tem convicção de que o plantio da droga precisa ser descriminalizado nessas circunstâncias. A despeito disso, mesmo contrário às razões de autoridade impostas pelo precedente, Steven consegue persuadir seus pares. A corte aceita a moção feita pelo defensor e decide conceder a Wilson um mandado judicial que impede constrangimentos legais à suas atividades terapêuticas.⁹

A decisão do juiz Steven foi causada pelo mesmo fundamento abstrato que motivaria o juiz Lucas no primeiro caso hipotético. Ambos têm boas razões e uma forte convicção de que seguir as regras ou precedentes que se impõem sobre a decisão são moralmente espúrios e causam prejuízos injustos a partes inocentes do litígio.

⁸ O caso, portanto, envolveu um conflito de competência sobre quem teria a autoridade para regular hipóteses de cultivo e consumo de substâncias com caráter entorpecente, se os Estados ou o Governo Federal. Para uma descrição mais rica dos fatos e das razões que fundamentaram o veredito, bem como críticas, consultar Somin (2006) e Kmiec (2005).

⁹ O sistema jurídico brasileiro vivencia um caso semelhante. Há relatos de juízes do Rio de Janeiro e Paraíba que concederam *habeas corpus* para que cidadãos cultivem maconha para fins medicinais sem constrangimento legal, muito embora a prática ainda seja qualificável como crime. A diferença é pela inexistência de precedente pacificado sobre o caso, muito embora o STF esteja em vias de julgar ação para descriminalizar o plantio para fins medicinais. Caso, mantenha a proibição, teremos um precedente *subótimo* que ainda mantém a viabilidade de decisões *contra legem*. Fontes disponíveis em:

<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/juiza-autoriza-cultivo-da-maconha-para-tratamento-medicinal-na-paraiba.ghtml>; <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/11/22/juiza-impede-que-casal-va-presos-por-cultivar-maconha-em-casa-no-rj.htm>; e <https://jota.info/justica/stf-julga-no-merito-acao-de-cannabis-para-fim-medicinal-10072017>.

Portanto, é possível a ocorrência de decisões *contra legem* também sobre precedentes. É por isso que nas próximas seções serão apresentados alguns contrastes e pontos de contato entre a possibilidade desse tipo de decisões e as práticas do *distinguishing* e *overruling* de precedentes, vez que a seguinte questão aparece: se o *distinguishing* e o *overruling* são práticas empregadas para afastar a incidência de um precedente, casos subótimos que envolvem precedentes não podem ser remediados por alguma dessas técnicas de superação?

Como restará demonstrado, se decisões *contra legem* forem propriamente compreendidas, o *distinguishing* e o *overruling* não são ferramentais hábeis para remediar casos de resultado *subótimo*.

2 A TENSÃO DA AUTORIDADE DOS PRECEDENTES SOBRE AS DECISÕES *CONTRA LEGEM*

Antes de fazer os devidos contrastes é necessário apresentar um conceito mais preciso do que são decisões *contra legem* propriamente ditas e de como essas entram em rota de colisão com uma teoria de fidelidade judicial aos precedentes. Para tanto, duas concepções filosóficas influentes sobre precedentes são discutidas na próxima subseção a fim de demonstrar como elas não comportam a prática dos desvios ao direito.

2.1 UMA DEFINIÇÃO PARA DECISÕES *CONTRA LEGEM* GENUÍNAS

É importante esclarecer que decisões *contra legem* implicam em vereditos que não só desconsideram a literalidade de uma lei, mas potencialmente levam à desconsideração de padrões mais abstratos, como é o caso dos princípios ou mesmo normas constitucionais. Tal definição pode ser considerada mais lata e controversa em relação a outras, que compreendem decisões *contra legem* como aquelas que contrariam e excepcionam apenas regras do direito, enquanto princípios jurídicos atuariam como justificações para decisões contrárias à regra.¹⁰

Porém decisões *contra legem* genuínas são aquelas em que é institucionalmente impermissível para um juiz evocar outro padrão do direito para desconsiderar uma regra de decisão, embora seja necessário afastar a regra por razões morais. Nesse caso, decisões *contra legem* devem ser entendidas como decisões contrárias ao direito em força. Tal definição é representada pelo que Brand-Ballard chamou *desvios ao direito* (*deviation from the law*):

Um juiz pratica um desvio ao direito *simpliciter* quando ele atinge um resultado que não pode ser suportado por qualquer leitura razoável da autoridade jurídica em controle. Desvio ao direito *simpliciter* ocorre quando um juiz desvia de uma regra legalmente válida sem ter qualquer autoridade legal superior para assim o fazer. Esse é o caso limite de desvio – tão desviante quanto desvios possam ser. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 45, tradução nossa).¹¹

¹⁰ Exemplos de decisões *contra legem* como vereditos contrários às regras, mas compatíveis com princípios jurídicos são encontrados em Bustamante (2010, p. 163): “a distinção entre regras e princípios é fundamental para explicar e justificar as decisões *contra legem*, que estão caracterizadas pela introdução de exceções na hipótese de incidência de uma regra jurídica. Também em Arivabene (2014, p. 15): “[...] a concepção seguida é a de que *contra legem* realmente significa contra lei, não contra o direito. Se uma decisão é considerada *contra legem*, é porque, embora não possua fundamentos em regras processuais, possui fundamentos em outras normas, principalmente as principiológicas.”

¹¹ No original: “A judge engages in deviation from the law simpliciter when she reaches a result that cannot be supported by any reasonable reading of the controlling legal authority. Deviation from the law simpliciter occurs when a judge deviates from a legally valid rule without any higher legal authority to do so. This is the limit case of deviation – as deviant as deviation can be.”

Ou, numa formulação mais direta: “uma decisão desvia-se do direito *simpliciter*, se, e somente se, ela contradiz todos os padrões jurídicos aplicáveis, quer assumam a forma de regras ou não” (BRAND-BALLARD, 2010, p. 45, tradução nossa).¹²

A respeito da argumentação com base em algum padrão com *status* de princípio, Brand-Ballard pensa que casos subótimos persistem, pois nem sempre é permitido que o juiz invoque um princípio para desviar-se das regras que é instado a aplicar:

Tais casos [moralmente subótimos] surgem mesmo se assumirmos, como Dworkin, que o direito inclui princípios. Se nenhum outro padrão jurídico, como é o caso de um princípio, permite o juiz desviar do estatuto legal, então ele desvia-se do direito *simpliciter*. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 47, tradução nossa).¹³

Se o leitor considera essa hipótese muito implausível pense novamente nos casos julgados pelos juízes Lucas e Wilson, seria possível a ambos invocar algum princípio jurídico ou constitucional para justificar o descumprimento de um contrato imobiliário hígido ou para justificar a prática de um crime? É no mínimo controverso conceder tamanha latitude à argumentação principiológica em casos como esses.

Também é uma tônica argumentar contra o ativismo judicial e ao efeito colateral que certas decisões podem provocar sobre questões políticas e legislativas. Sob esse ângulo as decisões dos juízes Lucas e Steven soam bem menos justificáveis do ponto de vista da juridicidade, já que absolver a viúva Yasmin por considerar o direito de propriedade vigente injusto pode provocar a quebra de confiança em relações contratuais imobiliárias; e conceder à Wilson permissão para o plantio ainda proibido de marijuana interfere na autoridade da legislação penal vigente e viola regras secundárias de competência na adjudicação. Vistas por um viés crítico ao ativismo judicial, as decisões *contra legem* desses casos já não soam tão permissíveis como antes, e a argumentação com respaldo em princípios do direito torna-se duvidosa. A despeito disso, a problematização do artigo prevalece: embora juízes não tenham autorização legal para contrariar certas razões do direito, eles ainda têm razões morais e tais razões talvez deveriam ser admitidas na tomada de decisão judicial.

Retomando à definição proposta, é importante esclarecer que desvios ao direito não se confundem com o poder que Cortes Judiciais têm para declarar a inconstitucionalidade. Os casos subótimos que motivam os desvios não são regulados por uma regra considerada inválida, logo, inconstitucional ou incompatível com a ordem jurídica (FARIAS, 2015). No entanto, a prescrição normativa prevista é vista como incompatível com o veredito desejável. Dessa forma, decisões *contra legem* não almejam afastar padrões jurídicos porque eles contrariam preceitos constitucionais.¹⁴ O material jurídico questionado é compatível com a Constituição, mas a despeito disso, ordens jurídicas constitucionais são falíveis, e por vezes respaldam regras que produzem injustiças.

O conceito de decisões *contra legem* apresentado aproxima-se dos casos que Manuel Atienza chamou *trágicos*. São aqueles nos quais o magistrado não consegue encontrar um veredito justo que deixe incólume algum valor considerado essencial tanto do ponto de vista jurídico, quanto moral. Ao descrever o conflito de consciência enfrentado pelo juiz, o filósofo capta a hipótese de se chegar a uma decisão contrária aos materiais jurídicos disponíveis:

¹² No original: “a decision deviates from the law simpliciter if and only if it conflicts with all applicable legal standards, whether or not these take the form of rules.”

¹³ No original: “Such cases arise even if we assume, with Dworkin, that the law includes principles. If no other legal standard, such as a principle, permits the judge to deviate from the statute, then he deviates from the law simpliciter.”

¹⁴ “Uma decisão deixa de ser *contra legem* para se transformar em uma declaração de inconstitucionalidade quando passa a discutir a validade geral da norma afastada.” (BUSTAMANTE, 2010, p. 175).

Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha que resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que ele acredita que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução que o direito positivo leva. (ATIENZA, 2003, p. 226).

Assim, casos desse tipo só podem ser bem solucionados se excepcionarem o ordenamento jurídico.

2.2 DUAS TEORIAS INFLUENTES SOBRE PRECEDENTES

A teoria do precedente como modelo de regras (*rule-model of precedent*) é uma das mais influentes na literatura. De acordo com ela, o precedente judicial se apresenta como uma razão independente de conteúdo, ou seja, é a fonte ou o *status* do precedente, ao invés do mérito do seu julgado, a razão normativa que explica sua autoridade e que, *a priori*, garantirá sua adesão moral por juízes e demais operadores do direito.

Em decorrência disso, o precedente só exerce sua razão de ser quando é obedecido mesmo que exista a impressão de que o veredito tenha sido um equívoco (SCHAUER, 2012).¹⁵ Tal concepção do precedente aproxima-o à força que regras jurídicas exercem sobre o tomador de decisão. Não é à toa que essa concepção é nomeada da forma que é. De acordo com esse modelo, juízes subsequentes vinculados por precedentes verticais ou horizontais devem considerar as razões usadas pela corte responsável pelo precedente como se fossem enunciados canônicos de uma regra (SCHAUER, 2012).

Mas, mesmo um modelo tão rígido quanto à autoridade prática exercida pelo precedente não defende que o regramento extraído de uma *ratio decidendi* é uma razão literal ou categórica. A teoria reconhece que juízes exerçam discricionariedade, conferindo-lhes poder para legislar em hipóteses não reguladas pelo precedente, bem como interpretar termos genéricos não determinados pela decisão passada. Além disso, caso juízes apresentem razões robustas contra um precedente equivocado, eles têm a capacidade para revertê-lo (ALEXANDER & SHERWIN, 2001).¹⁶ Portanto, precedentes não deveriam ser vistos como razões práticas *all-things-considered*, mas sim como razões *pro tanto*, ou seja, razões sujeitas à derrotabilidade, desde que sejam bastante contumazes.

Além da concepção baseada num modelo de regras, há outra não menos influente, embora seja menos formalista que a primeira. O modelo de Dworkin aproxima o juízo sobre precedentes aos princípios jurídicos e às razões de integridade moral e política que esses princípios asseguram. Sob essa concepção, juízes subsequentes teriam maior margem para reinterpretar o precedente conforme razões morais e de equidade presentes na comunidade política (PANNICK, 1980). Porém, ao invés de reconhecer que juízes possam, sob certas circunstâncias, ocupar uma função semelhante à de um legislador, a proposta imagina juízes como intérpretes de valores morais e políticos disponíveis na prática jurídica, que devem ser inseridos na compreensão de razões precedentes.

¹⁵ As mesmas explicações são também encontradas em Lamond (2006) e Alexander (2010).

¹⁶ Segundo os autores: “sob o modelo de regras, regras precedentes são preemptivas no sentido de que juízes, no seu papel como julgadores, devem seguir regras previamente enunciadas mesmo se as razões por trás das mesmas parecem requerer um resultado diferente no caso que está diante da corte. No entanto, o modelo de regras também dá autoridade legislativa aos juízes, e, no seu papel como legisladores, juízes podem desconsiderar regras que acreditam ser errôneas.” (ALEXANDER & SHERWIN, 2001, p. 59, tradução nossa). No original: “Under the rule model, precedent rules are preemptive in the sense that judges, in their role as adjudicators, must follow previously announced rules even if the reasons behind the rules appear to require a different outcome in the case before the court. Yet the rule model also gives judges rule-making authority, and in their role as rule makers, judges can override rules they believe are flawed.”

Também fazem parte dessa concepção as noções de discricionariedade forte e fraca. Dworkin (2002) rejeita a primeira, uma vez que a entende como o poder para tomar uma decisão por quem não se vê vinculado por regras ou padrões impostos por uma autoridade. No entanto, aceita a segunda. Grosso modo, Dworkin concebe a discricionariedade fraca como uma fronteira delimitada pela prática institucional do direito. Ela fornece aos juízes margem para decidir conforme a interpretação que justifica a prática do direito à sua melhor luz moral. Logo, discricionariedade fraca consistiria numa obrigação judicial interna ao próprio direito e juízes podem empregá-la para tomar decisões conforme precedentes.

Desse modo, o juiz responsável pela decisão de um caso concreto deve solucioná-lo invocando direitos e materiais jurídicos passados. Deve interpretá-los segundo as pretensões de direitos de uma das partes, argumentando como as regras e precedentes em força estão de acordo com os princípios que melhor justificam o exercício do poder de coerção estatal.

É por isso que mesmo um modelo como o dworkiniano também vê precedentes como repositórios resistentes de autoridade. Juízes, vinculados pelo *stare decisis*, não podem se furta em decidir casos sem referência aos materiais jurídicos passados. Juízes não podem interpretar o direito sem manter uma linha narrativa coerente com os materiais jurídicos até então empregados para decidir casos semelhantes. Eles têm que respeitar as dimensões de *ajuste* e *justificação* entre as regras de decisão disponíveis e os princípios implícitos na prática jurídica (DWORKIN, 1999, p. 81-82). Desse modo, parece certo que mesmo essa concepção sobre precedentes não dá margem para que juízes decidam *contra legem*. Para o direito como integridade um desvio ao direito certamente seria visto como o exercício de discricionariedade forte.¹⁷

Portanto, em linhas gerais, é possível concluir que para as duas teorias em comento um precedente exerce grande peso como padrão jurídico a ser respeitado em tomadas de decisão futuras, e há um grande ônus ao tomador de decisão que almeja afastá-lo. Vejamos então como a pressão por conformidade aos precedentes sugerida pelas duas teorias não permitem a correção moral em casos subótimos:

Os teóricos do modelo de regras são um tanto reticentes quanto ao que é necessário para legalmente afastar a força de uma regra ou precedente, de modo não há alternativa senão especular o que consideram como circunstâncias legítimas de superação.

Schauer (1991) é quem apresenta de modo mais enfático as circunstâncias que provocam a superação. Ele sugere que exceções ao modelo de regras só podem ser introduzidas quando a aplicação de regra ou precedente estão enfaticamente em desacordo com razões subjacentes à ele ou que as razões para não aplica-lo são particularmente fortes. Schauer não especifica quais casos preencheriam seus advérbios de modo ou intensidade, mas é provável que ele considere casos cuja aplicação de precedentes violariam direitos básicos ou fundamentais incontroversos, como seria o caso de um precedente que sustentasse a manutenção critérios discriminatórios para o acesso a concursos públicos baseados no gênero ou condições de renda dos candidatos.

É justamente sobre essa resiliência aparente dos precedentes que o caso das decisões *contra legem* abordado pelo artigo entra em conflito. A introdução apresentou dois exemplos de casos cuja aplicação de regras ou precedentes é moralmente subótima. Também já é sabido que teóricos do modelo de regras pensam que casos como esses são inevitáveis em sistemas razoavelmente justos. Logo, se as razões subjacentes às regras não estão sendo violadas pelo precedente ou se não há uma razão particularmente forte contra o precedente, não seria admissível que juízes decidam *contra legem* nesses casos. Infelizmente pretensões como da viúva Yasmin e do enfermo Wilson podem ser deixadas à mingua, pois embora seja admissível que seus direitos morais estejam sendo violados, a prática jurídica de aplicação de precedentes não comporta uma decisão contrária ao direito em força. A satisfação de seus direitos poderia se tornar viável por

¹⁷ A questão que o artigo levanta é se tal discricionariedade seria, de fato, moralmente impermissível.

outras vias ao invés da jurisdicional, como seria o caso de alguma política governamental ou modificação na legislação, mas não através da decisão judicial.

Limitação semelhante também ocorre sob o modelo de decisão de Dworkin. Porém é justo admitir que, para o direito como integridade, o problema das decisões *contra legem* se torna mais elusivo, pois ele admite que juízes tomem uma decisão contrária ao precedente desde as razões para superá-lo sejam coerentes com os princípios do direito.

Apesar disso, a superação de precedentes em casos subótimos dificilmente será admissível sob esse modelo. Cabe ao juiz provar que a prática institucional do direito o permita afastar regras ou precedentes, cuja validade, constitucionalidade ou legitimidade jurídicas não estão sendo são postos em causa. Esse é um ônus argumentativo que não parece ser compatível com o direito como integridade. Como ficou pontuado mais acima, o âmbito das decisões *contra legem* está mais para um exercício de discricionariedade forte que o dworkiniano não endossa, do que a discricionariedade fraca que o modelo permite.

A dificuldade para tentar acomodar decisões *contra legem* dentro do seu âmbito está nas amarras institucionais que o modelo impõe sobre a argumentação judicial. Se juízes só cumprem suas obrigações quando respeitam a integridade, em virtude da necessidade de acomodar seus vereditos dentro da prática institucional do direito, decisões judiciais não podem corrigir injustiças, sem passar pelo filtro de ajuste aos princípios de moralidade política que justificam essa prática. Porém, se a prática institucional do direito comete equívocos morais em alguns casos, e juízes estão vinculados a aplicar o direito conforme a integridade, os casos subótimos persistirão.

Para tornar o argumento menos abstrato considere um precedente semelhante ao fixado em *Gonzalez v. Raich* cuja razão de decisão foi considerar criminoso o plantio de substância entorpecente, sendo irrelevante a causa motivadora da conduta (*i. e.* plantio emergencial para fins medicinais). Pode um juiz se recusar a aplicar o precedente a um caso semelhante argumentando que sua interpretação é a que melhor se ajusta à prática jurídica da comunidade? Não necessariamente, porque a via para a superação do precedente é sensível ao que os princípios de moralidade política determinam. Então é muito plausível supor que uma comunidade política que respeita a integridade considere o plantio de qualquer substância classificada como entorpecente como uma prática injustificada, criminalizando-a. Nessas circunstâncias, se o juiz tem uma obrigação moral de respeitar a integridade, ele não conseguirá extrair da prática jurídica uma razão moral que fundamente uma decisão *contra legem*.

Curiosamente Dworkin reconhece que juízes talvez tenham que se desviar do direito. Ao explicar o impacto que a integridade exerce sobre a atuação judicial nos Estados Unidos ao fim do século XIX, Dworkin tergiversa:

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. [...]. Talvez o direito dos Estados Unidos, devidamente interpretado com relação à integridade, incluísse a Lei do Escravo Fugitivo promulgada pelo Congresso antes da Guerra Civil. Se o senso de justiça de um juiz condenasse essa lei por considerá-la profundamente imoral, uma vez que exigia que os cidadãos ajudassem a devolver os escravos fugitivos a seus donos, teria de considerar se devia fazê-la cumprir por exigência de um proprietário de escravos, ou se devia mentir e dizer que, afinal, esse não era o direito, ou ainda, se não seria o caso de renunciar. O princípio de integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz. (DWORKIN, 1999, p. 263).

Logo, nessa passagem, Dworkin reconhece que uma interpretação conforme a integridade é capaz de produzir veredictos injustos e moralmente reprováveis. Até mesmo põe à prova a obrigação moral de adesão do juiz ao direito como integridade, mas não encoraja a decisão *contra legem*, o máximo que sugere é a possibilidade de o juiz mentir ou argumentar que o *Fugitive Slave Act* não era o direito aplicável ao caso.

Porém o exemplo que Dworkin ofereceu retrata o *common law* norte-americano em uma época em que a prática do direito é por nós hoje considerada razoavelmente *injusta*. Então é possível que o direito como integridade ainda limite as convicções morais dos juizes em sistemas jurídicos razoavelmente justos, como é o caso da maioria das democracias liberais contemporâneas.

Em razão da amarra institucional da integridade, o modelo de Dworkin ambiocina restringir ao máximo as convicções morais dos juizes enquanto julgam. Para respeitar a integridade juizes só poderão proferir decisões através de uma teoria moral do segundo melhor (*second-best*). Em concorrência à teoria moral do segundo melhor há uma teoria do primeiro melhor (*first-best*) que busca obter o melhor resultado possível ao caso particular, logo, compatível com a possibilidade das decisões *contra legem* conforme definidas.

Lawrence Solum critica o modelo de decisão e a teoria moral de Dworkin justamente por ser incapaz de corrigir as injustiças que a coerção pelo direito proporciona:

Podemos aceitar que juizes têm uma obrigação de aderir ao direito, mesmo quando o resultado que o direito requer não for o mesmo que o resultado diverso que seria exigido pela aplicação da teoria moral que acreditamos ser verdadeira ou correta; chamemos esta última ‘teoria moral do primeiro melhor’.[...] Mas a teoria de Dworkin não permite juizes assim agir [decidir conforme o primeiro melhor]. Ao invés disso, o juiz ideal de Dworkin, Hércules, precisa decidir com base na teoria moral que melhor justifica o direito como um todo, e se o direito contém equívocos morais substanciais, como certamente possui, então sua teoria moral irá variar sistematicamente da teoria moral do primeiro melhor. Então, podemos chamar a teoria moral que Hércules constrói de ‘teoria moral do segundo melhor’. A objeção então conclui que o direito como integridade requer a adesão dos juizes à teoria moral do segundo melhor nos casos difíceis, quando é claro que em tais casos nossa melhor teoria da moralidade requererá que o juiz aja diretamente pela própria teoria moral do primeiro melhor. (SOLUM, 2010, p. 555-56, tradução nossa).^{18 19}

Portanto, é muito improvável que um juiz consiga argumentar que a prática institucional do direito dê azo a decisões *contra legem*. Assim, se um juiz busca fundamentos no direito para justificar uma decisão *contra legem* é mais provável que ele esteja utilizando um pretexto retórico ou uma falsa racionalização para incluir sua decisão dentro das fronteiras do direito, quando, na realidade o que está a fazer é desconsiderar razões legais.

De agora em diante, as últimas sessões demonstram como o *distinguishing* e o *overruling* não são adequados para acomodar a hipótese das decisões *contra legem*.

¹⁸ No original: “We might accept that judges have an obligation to comply with the law, even when the result the law requires is not the same as the result that would otherwise be required by the application of the moral theory that we believe is true or correct; let us call this the ‘first-best moral theory’.[...] But Dworkin’s theory does not permit judges to do this [to decide according to the first best]. Instead, Dworkin’s ideal judge, Hercules, must decide on the basis of the moral theory that best justifies the law as a whole, and if the law contains substantial moral mistakes, as it surely does, then this moral theory will systematically vary from the first-best moral theory. Thus, we might call the moral theory that Hercules constructs the “second-best moral theory.” The objection then concludes that law-as-integrity requires judges to adhere to the second-best moral theory in hard cases, when it is plain that in such cases, our best theory of morality would require that the judge act directly on the basis of the first-best moral theory itself.”

¹⁹ Para outra forma de argumentar que o direito como integridade seria uma teoria moral do segundo melhor e sobre como ela justifica veredictos errôneos, ver Alexander & Sherwin (2008).

3 DESVIOS AO DIREITO E O *DISTINGUISHING*

Realizar o *distinguishing* de um precedente judicial é considerado uma técnica institucional de tomada de decisão, ou seja, ela é reconhecida pelos operadores do direito como um método adequado para juízes demonstrarem porquê razões entendem que a incidência de determinado precedente não deve ser estendida para certo caso.

O *distinguishing* é a satisfação de um ônus argumentativo por parte do juiz, e que consiste em indicar que o caso julgado escapa à *ratio decidendi* do precedente aplicável, ou seja, que as situações factuais do caso presente não se enquadram no âmbito normativo do precedente (DUXBURY, 2008). Um juiz distingue o caso quando demonstra que, apesar de similar, ele não é idêntico quanto à descrição material dos fatos presentes na *ratio decidendi*.

Porém ao alegar o *distinguishing* o juiz não está livre para utilizar sua retórica argumentativa e defender simplesmente que o caso não pode ser captado pelo precedente, há certos requisitos formais que ele deve respeitar. O juiz precisa demonstrar que, ao formular uma nova *ratio* para o caso distinguido, os fatos da *ratio* do caso precedente serão mantidos intactos, de modo que o regramento criado pela nova decisão não pode ser incompatível com o precedente anterior. Ele deve assegurar que a *ratio* antiga continuará exercendo autoridade sobre outros casos (LAMOND, 2006).

Gennaioli e Shleifer (2007) esclarecem que a técnica introduz uma nova regra jurídica que corrobora com o precedente existente, mas adiciona uma nova dimensão material à adjudicação. Também reconhecem que a decisão judicial nova deve depender tanto da dimensão previamente reconhecida, como da nova. Noutras palavras, o *distinguihing* não pode tornar o precedente anterior inoperante.

Como exemplo, considere que um tribunal julgou um caso até então desconhecido, no qual um corretor de seguros responsabilizou por danos o anfitrião da residência que visitava para oferecer seus serviços, vez que, durante as tratativas, foi atingido por uma viga de madeira que se soltou do teto.²⁰ Como restou provado que o acidente fora provocado por negligência do proprietário, o tribunal decide em favor do requerente e estabelece como precedente: “o anfitrião de uma residência é responsável por ressarcir o dano causado aos visitantes em razão de sua negligência”.

Agora um juiz está diante do caso do amigo de família que sofreu um acidente doméstico em visita à casa do seu enteado. O visitante está processando o anfitrião por ter fraturado o pé após tropeçar num assoalho de madeira empenado. Nesse caso concreto o juiz tem margem para fazer o *distinguishing* quando demonstra que um regramento mais estreito que o precedente pode ser formulado: proprietários têm um dever de cuidado maior para com visitantes não eventuais (representantes comerciais) que não se estende aos visitantes habituais (amigos e familiares do proprietário).

O direito inglês possui como referência a distinção do precedente do caso *Balfour v Balfour* (1919) em relação a *Merritt v. Merritt* (1970). Os casos discutiam se promessas domésticas feitas entre cônjuges criam obrigações contratuais com efeito legal (OWENS, 2001). No caso precedente, o Sr. Balfour, então casado com a Sra. Balfour, era servidor público inglês convocado para trabalhar no Ceilão. Era esperado que a Sra. Balfour acompanhasse o marido, mas a esposa adoeceu e permaneceu na Inglaterra. Enquanto a esposa se recuperava, Sr. Balfour prometeu verbalmente a ela o pagamento de trinta libras mensais. Porém, o distanciamento do casal contribuiu para o fim da relação afetiva. O Sr. Balfour então escreve para a esposa pedindo o divórcio. A esposa aceita o pedido, mas processa o marido por ter deixado de cumprir a promessa do auxílio mensal. O tribunal decide que o Sr. Balfour não contraiu uma obrigação contratual com

²⁰ Essa é uma adaptação do exemplo apresentado por Brand-Ballard (2010).

a Sra. Balfour. No veredito, argumentou-se pela presunção de que promessas feitas entre familiares em ambiente de convívio doméstico não criam contratos com efeitos jurídicos. Como a promessa fora feita quando marido e mulher sequer pensavam em divórcio, ela foi considerada como um acordo doméstico informal, portanto, incapaz de obrigar ao cumprimento dos termos do acordo após a separação.

Já em *Merritt v. Merritt* (1970) um senhor, já separado de fato da esposa e amasiado com outra companheira, formalizou por escrito uma promessa à ex-mulher. O acordo envolvia o pagamento de um auxílio mensal enquanto pendente a divisão do patrimônio comum e a promessa de que, caso a ex-esposa pagasse todas as dívidas relacionadas ao domicílio dos consortes, a propriedade seria transferida exclusivamente para seu nome. A consorte pagou toda a hipoteca, mas o ex-marido se recusou a cumprir a promessa. Após ser processado, alegou que o acordo foi um arranjo doméstico, por isso, não há obrigação contratual. Também que a esposa não levou o acordo a sério quando efetuado. Os juízes que analisaram o caso tinham como precedente *Balfour v. Balfour*, mas decidiram fazer o *distinguishing*, argumentando que apesar de os consortes ainda estarem legalmente casados, o acordo fora feito enquanto já estavam separados de fato, de modo que não possuíam relação de cumplicidade suficiente para tornar a promessa mero arranjo informal, além do fato de que a promessa fora formalizada por escrito, prova robusta para a constituição de vínculo contratual. Desse modo, o tribunal atribuiu ao acordo efeitos contratuais, obrigando o consorte a passar o título pleno da propriedade para a ex-esposa.

Note que nos dois exemplos apresentados os juízes fizeram uma distinção mais restrita das razões impostas pelos precedentes que os vinculavam. Ao decidirem dessa forma, não anularam a *ratio decidendi* passada, que permanece em vigor e aplicável à toda uma gama de fatos pertinentes.

Como se nota, a distinção de precedentes é uma técnica de superação peculiar. Seu traço mais marcante é não perturbar a autoridade do precedente. Ao se provar que os fatos de um caso semelhante são ligeiramente distintos ou mais pormenorizados, juízes lançam mão do *distinguishing* não por reconhecer que a decisão anterior é totalmente desprovida de sentido, ela é razoável, só não deve ser considerada para o caso que têm em mãos (DUXBURY, 2008).

Com a noção do *distinguishing* em mente, voltemos ao caso do juiz Steven que contrariou *González v. Raich* e autorizou Wilson a plantar medicinalmente sua própria *marijuana*. Poderia o juiz ter empregado o *distinguishing* para legitimamente justificar os direitos de Wilson? Para encontrar a resposta é necessário investigar qual era a *ratio decidendi* do caso e qual foi o seu propósito.

Gonzalez v. Raich (2005) foi baseado originalmente por outro precedente. Em *Wickard v. Filburn* (1942), a Suprema Corte decidiu que o Congresso tinha o poder originário da Cláusula do Comércio e do “*Agricultural Adjustment Act*” para impor um limite sobre a produção de trigo para o consumo próprio. A *ratio* dessa decisão, estabelece que a produção de trigo para consumo próprio não é, por óbvio, relação comercial, mas tem o potencial de interferir indiretamente no comércio agrícola. Sua produção elevada tem a capacidade de estimular um comportamento de estocagem sobre outros produtores rurais. Se vários produtores repetirem a conduta, haverá uma superprodução de trigo para consumo próprio. Os efeitos sistêmicos dessa conduta são indesejáveis, pois uma superprodução de trigo interfere negativamente na lei da oferta e da procura do trigo, prejudicando o comércio interestadual do produto (RUTKOW, 2011).

As razões para a Suprema Corte ter também impedido o plantio privado e gratuito de *marijuana* para fins medicinais foi o potencial que tal conduta teria para o incentivo ao plantio caseiro para fins recreativos ou mesmo como incentivo indireto ao tráfico interestadual da droga.²¹

²¹ Essa é uma razão de apelo às consequências conhecida como *argumento dos erros sistêmicos*. Ele é invocado para favorecer casos subótimos como os tratados no presente artigo. Goldman (2002) estipula um argumento nesse formato como razão para insistir no despejo da velha viúva no caso da hipoteca abordado na introdução. A decisão *contra*

Como essa é a *ratio* do caso, não seria viável ao juiz Steven arguir em favor da necessidade médica de Wilson, já que esse argumento não se conecta com os propósitos determinados pela *ratio decidendi*. Permitir que Wilson cultive *marijuana* tem o mesmo potencial de estímulo ao plantio injustificado de entorpecentes, quer a solução seja moralmente certa, quer não. Desse modo, Steven não tem condições para empregar o *distinguishing* nesse cenário, pois suas razões para superar o precedente não conseguem manter a *ratio decidendi* vinculante intacta.

Portanto, pelas razões apresentadas, o ponto de contraste entre decisões *contra legem* genuínas e o *distinguishing* resta provado. Embora a técnica seja hábil para afastar o âmbito de razões precedentes sobre um caso controverso em que a aplicação do precedente produziria consequências indesejadas, o *distinguishing* não permite a modificação da *ratio decidendi* de casos passados. Desse modo, casos subótimos como o causado por *Gonzalez v. Raich* não conseguem ser satisfatoriamente resolvidos por esse método de superação.

Em que pese as razões apresentadas, é possível, embora formalmente incorreto, insistir no *distinguishing* para contornar casos subótimos. Porém, apelar para a técnica nesse cenário não passa de uma falsa racionalização do direito. Seu pretenso uso só está mascarando um desvio ao direito, conforme definido. Esta é a hipótese da dissimulação retórica sugerida ao fim da subseção 2.2 *supra*. Em casos similares cuja aplicação do precedente produzirá vereditos subótimos, seria possível ao juiz assumir o risco de emplacar uma distinção que não seria formalmente admissível e argumentar pelo *distinguishing* mesmo que a técnica de superação não seja viável.

Apesar dessa via parecer infame e ilegal, ela não é tão extraordinária na prática.

O cientista político Martin Shapiro (1994) sugere que juízes têm a tendência de associar suas decisões sempre ao direito pré-existente, mesmo quando eles precisam legislar ou contrariar a autoridade do direito em força. O teórico aposta que esse comportamento ocorre porque os litigantes derrotados se sentirão mais conformados se souberem que o veredito desfavorável foi alcançado por causa do direito, ao invés da opinião do julgador que, embora correta, não tem fundamento jurídico.

Já Jeffrey Goldsworthy (2011) sugere que, dentre as alternativas entre ser sincero, declinar o julgamento de casos, ou contar uma mentira bem-intencionada através da falsa racionalização do direito, o juiz talvez tenha que escolher a última. Isso ocorreria porque há poucos incentivos em favor da sinceridade e da renúncia de casos, que não superam os contras que afetam diretamente a reputação do juiz enquanto funcionário público.²²

Por fim, Paul Butler (2007) sugere que juízes às vezes mantêm uma atitude subversiva. Certos de que têm bons argumentos para desviar do direito, mas conscientes do impacto negativo que a decisão *contra legem* terá sobre a opinião pública e sua reputação, juízes agem fora do radar e discretamente acomodam decisões desviantes dentro da linguagem dos precedentes e dos estatutos legais, mesmo que a interpretação fiel ao direito não leve a este resultado.

Assim, se o *distinguishing* não se confunde com decisões *contra legem*, ele ainda pode ser impropriamente usado para acobertar desvios ao direito. A falha técnica é, por assim dizer, perdoada quando um veredito mais justo é alcançado. Apesar disso, ao apresentar argumentos sobre a falsa racionalização do direito a intenção não é encorajar juízes a tomar a estratégia do engano como padrão de conduta. Porém, em sistemas jurídicos cuja deferência judicial ao *stare decisis* é forte e a pressão por conformidade aos precedentes é elevada, talvez a falsa racionalização do direito seja uma das poucas vias disponíveis para a correção de injustiças causadas pela aplicação do direito. Em condições mais favoráveis, a expectativa é de que juízes possam argumentar contra a

legem em favor da viúva causaria condutas espúrias de inadimplência imobiliária que não devem ser estimuladas. Mais detalhes sobre erros sistêmicos são encontrados em Brand-Ballard (2010).

²² Por exemplo, mesmo que o desafio à autoridade do direito seja sincero e bem-intencionado, ele pode manchar a reputação do juiz frente aos outros magistrados que são mais contidos ou que obedecem cegamente às razões jurídicas. O juiz que opta pela sinceridade ou declina casos também corre o risco não só de sofrer sanções disciplinares, como também perder oportunidades de progressão nos quadros da magistratura.

autoridade de certos padrões jurídicos mais abertamente, desde que o façam sem interesses escusos, ou apenas ao sabor das suas próprias preferências políticas ou convenções morais.

4 DECISÕES *CONTRA LEGEM* E O *OVERRULING*

O *overruling* também é técnica de superação reconhecida por sistemas jurídicos para reverter um mal precedente em força. Essa, trivialmente, já é uma dessemelhança em relação às decisões *contra legem*. No entanto, há alguns contrastes mais sutis que merecem uma análise mais profunda a partir das características que o *overruling* possui.

Um tribunal considera o *overruling* quando reconhece ter produzido uma decisão errônea ou moralmente indesejada, reconsidera as razões apresentadas, e formula outra *ratio decidendi* sobre um novo caso julgado em que as razões equívocas do precedente anterior exerceriam força. Também se entende que somente a corte com igual ou superior competência para julgar as razões precedentes tem o poder, isto é, a autorização institucional, para reverter um mal precedente. Duxbury ressalta o critério da competência:

A razão mais óbvia para fazer o *overruling* de um precedente é de que a corte inferior que o criou cometeu um erro. Mas o *overruling* tende a ser uma questão mais delicada quando uma corte está considerando uma decisão sua ou de uma corte com a mesma autoridade. Nessas circunstâncias, a corte do *overruling* – assumindo-se que a corte tem a capacidade anulatória – quererá, no mínimo, estar convencida de que o precedente impugnado está claramente errado (DUXBURY, 2008, p. 118, tradução nossa).²³

Ou seja, o *overruling* de uma corte inferior sobre precedente vertical não é admitido doutrinariamente.²⁴ E, mesmo nas hipóteses em que há competência para invalidar o precedente, tribunais manifestam certa resistência em reconhecer o erro que só é afastado quando não há sombra de dúvidas.

Desse modo, o *stare decisis* só se impõe na relação hierárquica de um tribunal inferior ao superior e, horizontalmente, vinculando tribunais com o mesmo grau de jurisdição ou o próprio tribunal que proferiu a decisão. Sobre esse aspecto temos um contraste mais detalhado em relação às decisões *contra legem*. Juízes ou cortes de escalão inferior não estão autorizados em anular o precedente, pois não têm competência hierárquica e legal para argumentar porque a decisão passada é errônea, muito embora as razões morais que possuam estejam corretas.²⁵

A competência institucional para o *overruling* também revela um segundo contraste: ao contrário do *overruling*, decisões *contra legem* genuínas não têm a intenção de invalidar por completo o precedente em força. A motivação para o desvio é uma reação direta à injustiça ou imoralidade provocada pelo confronto das razões do precedente e dos fatos peculiares do caso concreto. Assim, o objetivo almejado é alcançar uma decisão que corrija a injustiça do caso *subótimo*. Não se pode negar que a perspectiva de anulação futura do precedente possa fazer parte dos motivos que levam ao desvio do precedente, mas esse propósito não é insito à prática. No caso

²³ No original: “The most obvious reason for overruling a precedent is that the inferior court which created it made a mistake. But overruling tends to be a more delicate matter when a court is considering a decision of its own or of a court of equal authority. In these circumstances, the overruling court – assuming the court has the capacity to overrule – will at the very least want to be convinced that the impugned precedent is clearly wrong.”

²⁴ Mesmo desprezada, essa hipótese recebe um nome específico pela doutrina, o “*underruling*”. Ver Bhagwat (2000), Caminker (1994) e Westerland et. al (2006).

²⁵ Frederik Bloom (2007) discute três exemplos concretos de cortes inferiores que desconsideraram precedentes da Suprema Corte: *Williams v. North Carolina (1942)*; *Lockyer v. Andrade (2003)*; *Roper v. Simmons (2005)*. Todos esses eram precedentes com resultados subótimos desrespeitados por Cortes Estaduais. Os desvios nesses casos não foram vistos com alarde ou mesmo reprovados pela Suprema Corte.

do *overruling*, a intenção de invalidar os efeitos do precedente para todo e qualquer caso ao qual ele era aplicado é dirigida e evidente. Ela é o mote dessa técnica de superação.

Ainda a respeito das características do *overruling*, é consenso geral na doutrina que seu uso é excepcional ou mesmo excepcionalíssimo²⁶, vez que a técnica de superação entra em conflito direto com o *stare decisis*. Diferente do *distinguishing* em que se respeita a *ratio decidendi* do precedente, logo, se além ao que foi decidido no passado e a nova decisão é acomodada num precedente mais estreito, o *overruling* abandona por completo as razões de autoridade do precedente anterior. Daí a necessidade de a técnica ser utilizada com sobriedade. Caso o *overruling* se tornasse regra, não haveria razão para cortes e juízes se aterem ao que já foi decidido, pois existiria uma expectativa frequente de que o precedente anterior seja considerado errôneo pelo tomador de decisão futuro. Por óbvio, a doutrina e os Tribunais fixam critérios de justificação para coibir seu uso desmesurado. As ocasiões que viabilizam o *overruling* costumam variar conforme a diversidade de sistemas jurídicos. Mas, em geral, todos os ordenamentos que decidem por meio de precedentes adotam como regra-de-ouro a necessidade de que o tribunal competente fundamente com razões persuasivas que demonstrem a necessidade de reverter o padrão decisório passado (BUSTAMANTE, 2012).

Além da exigência de fundamentar a superação, a doutrina e a prática costumam impor exigências mais robustas. É o caso do que vem ocorrendo no Direito Norte-Americano. Caleb Nelson (2001) destaca que, tanto para as Cortes, quanto para a doutrina, a sabedoria convencional não mais considera suficiente a demonstração do erro de julgamento para afastar o precedente. A teoria robustece a força de precedentes ao admitir que o judiciário deve aderir às decisões passadas consideradas incorretas a menos que se provem impraticáveis, generalizadamente desatualizadas quanto à evolução do saber judicial ou de avanços normativos no Congresso. Também destaca que o *overruling* só é admitido em razões especiais que precisam estar acima da crença de que casos anteriores foram decididos erroneamente.

Larry Alexander, adepto da teoria de precedentes como modelo de regras também defende a mesma exigência:

A incorreção da interpretação precedente é, imperiosamente, uma condição necessária, mas não suficiente para o *overruling*. Se a incorreção não fosse uma condição necessária para o *overruling* – se a corte limitada [pelo precedente] fosse capaz de superar o precedente simplesmente porque acreditava que o mesmo causou males – a autoridade dos próprios regramentos estatutários e constitucionais seria prejudicada. Por outro lado, se a incorreção fosse uma condição suficiente para o *overruling*, não haveria limitação por precedente em casos sobre leis ordinárias ou constitucionais. Então, para preservar tanto a autoridade dos regramentos quanto a restrição por precedentes, a corte limitada deve determinar que um precedente sob estatuto legal ou provisão constitucional seja incorreto e também algo mais (ALEXANDER, 1989, p. 59, tradução nossa).²⁷

²⁶ Por exemplo, o Juiz Benjamin Cardozo afirmou que “a adesão ao precedente tem que ser a regra e não a exceção.” (CARDOZO, 1921, p. 149, tradução nossa). O Processualista brasileiro Luiz Guilherme Marinoni também expressa a mesma opinião: “Frise-se que os precedentes, num sistema que se funda no seu respeito, somente podem ser revogados excepcionalmente (MARINONI, 2016, p. 142).”

²⁷ No original: “The precedent interpretation's incorrectness is perforce a necessary but not a sufficient condition for overruling. If incorrectness were not a necessary condition for overruling-if the constrained court were able to overrule the precedent merely because it believed that the precedent caused mischief-the authority of statutory and constitutional texts themselves would be undermined. On the other hand, if incorrectness were a sufficient condition for overruling, there would be no precedential constraint in statutory and constitutional cases. Thus, to preserve both the authority of texts and precedential constraint, the constrained court must find a precedent under a statute or constitutional provision to be both incorrect and something else.”

Tal presunção obstinada sobre a força autoritativa dos precedentes forma a base do último contraste em relação às decisões *contra legem*. Esse afeta diretamente juízes com competência para fazer o *overruling* diante dos casos subótimos. Casos desse tipo são regulados por padrões jurídicos moderadamente justos e não são vistos pela prática institucional como erros que motivem o afastamento de regras e precedentes. Por essa razão, carece ao tomador de decisão a razão extra requerida pela prática para provar que, além de errôneo, o precedente precisa ser afastado por ser prejudicial ao próprio *stare decisis*, ao *rule of law*, ou mesmo ao sistema jurídico como um todo.

Portanto, mesmo que seja institucionalmente viável ao juiz superar precedentes pelo *overruling* é improvável que ele consiga reverter a imoralidade de casos subótimos através desse mecanismo de correção. Nessas circunstâncias a aplicação do precedente também não pode ser posta em causa, a não ser que a prática dos desvios fosse permitida.

Agora, feita a desambiguação entre o *overruling* e as decisões *contra legem* genuínas, resta questionar se juízes realmente não teriam a permissão ou mesmo o dever moral de desviar do direito. Talvez juízes tenham uma responsabilidade moral de desafiar a autoridade dos precedentes. É até mesmo possível que essa responsabilidade moral já venha sendo exercida. O contraste permite reavaliar decisões que afastaram precedentes no passado e, por consequência, possibilita reconhecer que há casos onde o precedente não poderia ter sido superado através do *overruling*. Ao invés disso, uma decisão *contra legem* foi tomada.

Considere, por exemplo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana em *Brown v. Board of Education (1954)*. Nesse caso a decisão da Corte Warren desconsiderou *Plessy v. Fergusson* como razão precedente para eliminar o costume segregacionista praticado nas instituições de ensino do Kansas e, conseqüentemente, contribuiu para instituir a igualdade racial por todo o país. Apesar de atualmente ser visto como obviamente imoral, a segregação étnica na educação não era considerada claramente injusta por parcela substancial dos cidadãos norte-americanos. O veredito chegou a ser criticado por sua ilegalidade, não só por desrespeitar o *stare decisis* fixado pelo precedente anterior, como também por desrespeitar a necessidade argumentativa de apresentar razões contundentes ou fundamentadas em princípios do direito para que o *overruling* pudesse ser justificado.

Brand-Ballard (2010) e Brian Tamanaha (2004; 2006) avaliam que o veredito em *Brown v. Board of Education (1954)* não poderia ser obtido a não ser através do desvio ao direito, pois, à época, não havia técnica de superação de precedentes capaz de eliminar a segregação em instituições de ensino.

Tamanaha esclarece:

A decisão da Suprema Corte de *Brown v. Board of Education* em 1954 na qual a Corte invalidou a segregação racial legalmente imposta como inconstitucional, aflige a teoria jurídica *mainstream* até hoje. Os autores da *Equal Protection Clause* aparentemente não a entendiam como invalidadora da segregação racial, que era uma prática comum do seu tempo. Logo após a promulgação da Cláusula, a segregação foi mantida como válida pela Suprema Corte em *Plessy v. Fergusson* sem nenhuma mudança subsequente na Constituição. A liberdade de associação poderia ser invocada com igual peso por aqueles que desejavam a segregação ou aqueles que queriam integração. A decisão de *Brown* sem dúvida não era suportada por princípios jurídicos, ou elaboração arrazoada, ou princípio de neutralidade. Daí a decisão não poderia ser conciliada confortavelmente com a Lei Constitucional ou suas interpretações pré-existentes. No entanto, foi correta de um ponto de vista moral, ao menos na visão de muitos no *mainstream* da academia jurídica (TAMANAHA, 2004, p. 80, tradução nossa).²⁸

²⁸ No original: “The 1954 Supreme Court decision of *Brown v. Board of Education*, in which the Court invalidated legally enforced racial segregation as unconstitutional, plagues mainstream legal theory to this day. The framers of the Equal Protection Clause apparently did not understand it to invalidate racial segregation,¹⁵ which was a common

Noutra passagem, também sugere que:

Para o *establishment* jurídico, uma falha flagrante de *Brown* é que ele foi surpreendentemente desprovido dos aparatos normais da análise constitucional. Não continha análise significativa de caso ou referência a princípios constitucionais. No fundo, a opinião parece basear-se em afirmações psicológicas e sociológicas de que a segregação legalizada impõe um crachá de servidão aos negros e, portanto, é constitucionalmente impermissível. ‘Um advogado ao ler *Brown* certamente perguntaria, ‘onde está do direito?’’, escreveu Lucas Powe, ao detalhar sua reação à decisão em seu estudo sobre a Corte Warren (TAMANAH, 2006, p. 85, tradução nossa).²⁹

Por fim, Brand-Ballard complementa as reflexões de Tamanaha ao argumentar que acadêmicos de direito liberais

[...] ficaram, e ficam, divididos entre si. Alguns acreditam que o putativo desvio da Corte em *Brown* foi eticamente justificado, embora ilegal. Outros liberais concluem, frequentemente com pesar, que os juízes agiram de maneira antiética, apesar de terem alcançado resultados justos. Resultados justos que poderiam ter sido alcançados pelos poderes políticos e, sob esse ponto de vista, não poderiam ter sido alcançados pelo judiciário (BRAND-BALLARD, 2010, p. 81, tradução nossa).³⁰

Nessa medida, é possível concluir que a Corte Warren não superou *Plessy v. Ferguson* através do *overruling*. Não houve preocupação da Corte em dar suficiente deferência à decisão passada, nem às normas constitucionais em voga para, a partir delas, demonstrar como o precedente era um equívoco jurídico. Logo, é plausível reconhecer que embora fosse legalmente imprópria, a decisão da corte foi moralmente correta. Também que o desvio ao direito *simpliciter* talvez fosse a única via capaz de proteger direitos ameaçados por políticas segregacionistas.

CONCLUSÃO

A análise proposta chegou às seguintes conclusões:

Primeiro, através dos casos subótimos, foi demonstrado que juízes podem ter deveres morais que não conseguem ser adequadamente explicados por uma obrigação de fidelidade ao direito. Nesses casos, é possível que juízes tenham o dever moral de desconsiderar o direito em força e, portanto, tomarem decisões *contra legem*.

practice at the time. Soon after enactment of the Clause segregation was upheld as valid by the Supreme Court in *Plessy v. Ferguson*, 16 with no subsequent change in the Constitution. Freedom of association could be invoked with equal weight by those who desired segregation or those who wanted integration. The *Brown* decision arguably was not supported by legal principles or reasoned elaboration or neutral principle. Hence the decision could not be reconciled comfortably with pre-existing Constitutional law and understandings. Yet it was undoubtedly correct from a moral standpoint, at least in the view of many in the mainstream of legal academia.”

²⁹ No original: “For the legal establishment, a glaring flaw of *Brown* is that it was strikingly devoid of the normal trappings of constitutional analysis. It contains no significant case analysis or citation to constitutional principles. At bottom, the opinion appears to be based upon psychological and sociological assertions that the legalized segregation imposes a badge of servitude on blacks, and is therefore constitutionally impermissible. “A lawyer reading *Brown* was sure to ask, ‘where’s the law?’” wrote Lucas Powe, detailing the reaction to the decision in his study of the Warren Court.”

³⁰ No original: “[...] were, and are, divided among themselves. Some believe that the Court’s putative deviation in *Brown* was ethically justified, albeit unlawful. 27 Other liberals conclude, often with regret, that the justices acted unethically, despite reaching just results. Just results could have been reached by the political branches and, on this view, should not have been reached by the judiciary.”

Segundo, evidenciou-se como essas decisões *contra legem* são genuínas, pois elas não contrariam somente a literalidade de uma lei, mas desafiam a autoridade geral de uma ordem jurídica. Também foi demonstrado que duas das mais influentes teorias de decisão conforme precedentes seriam incapazes de remediar injustiças causadas pela aplicação do direito em força.

E, terceiro, provou-se através dos contrastes entre decisões *contra legem* e o *distinguishing* e o *overruling*, como essas duas técnicas de superação não bastam para resolver o problema dos casos subótimos. Dessa forma, os desvios talvez sejam necessários para impedir que a autoridade jurídica exerça seu poder de coerção contra sujeitos de direito que não mereçam ser penalizados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. **Southern California Law Review**, v. 63, 1989, p. 1-64. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal63&div=10&id=&page=>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Precedent. In: PATTERSON, Dennis (Org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. Cap. 33, p. 493-503.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Desmystifying Legal Reasoning**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 264p.

ARIVABENE, Carlos Augusto Lessa. **Decisão contra legem em matéria processual - Justificação e superação das regras**. 2014. 154f. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=35134@2>. Acesso em: 19 mar. 2019.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

BHAGWAT, Ashutosh. Separate but Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the "Judicial Power". **Boston University Law Review**, v. 80, 2000, p. 967-1015. Disponível em: <https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/30/>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. Devem os juízes considerar argumentos morais? In: **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Trad. Fábio Perin Schecaira; Noel Struchiner. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD Editora, 2014, p. 71-102.

_____. **Limits of Legality – The Ethics of Lawless Judging**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. 354p.

BRINK, David O. Legal Positivism and Natural Law. **The Monist**, v. 68, n. 3, jul. 1985, p. 364-387. Disponível em: <<http://davidobrink.com/sites/default/files/publications/LegalPositivismNaturalLawReconsidered.pdf>>.

BUTLER, Paul. When Judges Lie (and When They Should). **Minnesota Law Review**, v. 91, 2007, p. 1785-1828. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1001475>. Acesso em: 16 nov. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 1, n. 37, p. 154–180, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202>> Acesso em 12 jan. 2018.

_____. **Teoria do Precedente Judicial** - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2012. 610p.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? In: **Stanford Law Review**, v. 46, n. 4, abr. 1994, p. 817-73. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1229094>>. Acesso em 10 jan. 2018.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature Of The Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

_____. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 531p.

EDMUNDSON, William. State of the Art: The Duty to Obey the Law. **Legal Theory**, v. 10, n. 4, 2004, p. 215-59. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/state-of-the-art/8B58873CAE65684AB38A3FD4304EC320>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

FAGGION, Vinicius de Souza. **O Que Juízes Devem Fazer?** Uma Análise do Papel Judicial. Dissertação, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, abr. 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=27249@1>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeasibility*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, v. 8, n. 8, 2015, p. 19-49. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/anais/download/295>>. Acesso em 25 abr. 2017.

BLOOM, Frederic. State Courts Unbound. **Cornell law review**, v. 93, 17 abr. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981015>. Acesso em: 10 jan. 2018.

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The Evolution of Common Law. **Journal of Political Economy**, v. 115, n. 1, p. 43–68, 2007. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/511996?mobileUi=0>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules** – When We Need Them and When We Don't. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 222p.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coford Lecture. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 24, n.1, jul. 2011, p. 305-325. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138710>. Acesso em: 14 ago. 2014.

GREEN, Leslie. Law and the Role of a Judge. In: **Oxford Legal Studies**, v. 47, 2014, p. 1-30. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495953>. Acesso em: 22 abr. 2017.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1ª Ed, 2009. 399p.

HUEMER, Michael. The Duty to Disregard the Law. **Criminal Law and Philosophy**, v. 12, n. 1, 2018, p. 1-18. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11572-016-9407-4>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

HURD, Heidi. Giving Moral Meaning to the Law. **Statute Law Review**, v. 40, n. 1, fev.2019, p. 64–74. Disponível em: <https://academic.oup.com/slr/article-abstract/40/1/64/5238073>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **O Combate Moral**. 1ª ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.484p.

KMIEC, Douglas W. *Gonzales v. Raich: Wickard v. Filburn* Displaced. **Cato Supreme Court Review**, 2005, p. 71-100. Disponível em: <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2005/9/gonzalesdecision.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2006. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

LYONS, David. **Ethics and the Rule of Law**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. 229p.

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

NELSON, Caleb. *Stare Decisis* and Demonstrably Erroneous Precedents. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 1, 2001, p. 1-84. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/nelson/87va_1_rev1_2001.pdf>. Acesso em 09 jan. 2018.

OWENS, Keith. **Law for Non-Law Students**. 3ª ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2001.

PANNICK, David. A note on Dworkin and Precedent. **The Modern Law Review**

v. 43, n. 1, Jan. 1980, p. 36-44. Disponível em:
<https://www.jstor.org/stable/1095083?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 abr. 2017.

RAZ, Joseph. **The authority of law: Essays on law and morality**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REEVES, Anthony R. Reeves. Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law? Moral Responsibility and Judicial Reasoning. **Law and Philosophy**, v. 29, n. 2, mar. 2009. p. 159-187. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10982-009-9061-2>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

RUTKOW, Lainie. The U.S. Constitution's Commerce Clause, the Supreme Court, and Public Health. **Public Health Rep.**, v. 126, n. 5, set. 2011, p. 750-753. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3151195/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 1991. 272p.

_____. Precedent. In: MARMOR, Andrei (org.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. 1ª ed. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2012. Cap. 9, p. 123-136.

_____. Precedent. **Stanford Law Review**, v.. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1228760?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30 mar. 2017.

SHAPIRO, Martin. Judges As Liars. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, p. 155, 1 jan. 1994. Disponível em:
<<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1265&context=facpubs>>. Acesso em 23 abr. 2017.

SHAPIRO, Scott. Judicial Can't. **Philosophical Issues**, v. 11, n. 1, out. 2001. p. 530-557. Disponível em:
<<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1758-2237.2001.tb00056.x>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

SIMMONS, A. **Moral Principles and Political Obligations**. 1 ed. Nova Jersey: Princeton University Press, 1981.

SMITH, M. B. E. N. May Judges Ever Nulify the Law. **Notre Dame Law Review**, v. 74, n. 5, jan. 1999, p. 1657-1671. Disponível em: <<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss5/9/>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SOMIN, Ilya. *Gonzales v Raich*: Federalism as a casualty of the war on drugs. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, v. 15, n. 3, 2006, p. 507-550. Disponível em:
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916965>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SOLUM, Lawrence B. The Unity of Interpretation. **Boston University Law Review**, n. 90, 2010, p. 551-578. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/855/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

TAMANAH, Brian Z. **Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law**. 1 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TAMANAH, Brian Z. **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

UNITED STATES. Supreme Court. 545 U.S. 1. **Gonzales v. Raich**, 2005. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-1454.ZS.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

WESTERLAND, Chad, ET.AL. Lower Court Defiance of (Compliance with) the U.S. Supreme Court. In: **2006 annual meeting of the Midwest Political Science Association**, Chicago, abr. 2006, p. 1-21. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.2006MPSA.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.