

A JURISPRUDÊNCIA ENTRE A CASUÍSTICA E A UNIFORMIDADE

MICHELE TARUFFO *

Sumário: o Autor começa por destacar o valor da uniformidade da jurisprudência, contrapondo-lhe, todavia, a dimensão dinâmica ou diacrónica do ordenamento jurídico, com as suas “incertezas e variações, diferenças e mutações”. Analisa, num segundo momento, o papel dos tribunais supremos na realização do fim da uniformidade da jurisprudência, identificando diferentes modelos através dos quais se pode revelar. Desenvolve, então, uma caracterização do universalismo e do particularismo, com a sua acentuação da norma e dos factos, respetivamente, rejeitando teses absolutas, para concluir que não existe qualquer “regra de ouro” que possa determinar o ponto de equilíbrio ideal entre os dois paradigmas. Assim, cada decisão judicial pode colocar-se num qualquer ponto do *continuum* entre ambos ou realizar a sua combinação. Assinala, ainda, que a jurisprudência de alguns tribunais supremos (a que se realiza através da prolação de máximas ou súmulas) se coloca num ponto muito próximo do extremo universalista, enquanto a que é produzida pelos tribunais inferiores, em particular pelos juizes de primeira instância, se encontra num ponto mais próximo do paradigma particularista. Termina deixando em aberto uma correspondência entre a justiça formal e o universalismo, por um lado, e a justiça substancial e o particularismo, por outro.

1. O VALOR DA UNIFORMIDADE

A uniformidade da jurisprudência constitui, há muito, um valor fundamental (poderíamos dizer até: um objeto de desejo) presente em quase todos os ordenamentos, que tentam, de vários modos, como se verá, realizá-lo na medida mais ampla possível.

As razões em que assenta esta aspiração geral são variadas ¹. Identificando apenas aquelas a que se faz referência mais frequente, podemos recordar: a exigência de assegurar a certeza do direito, dado que uma jurisprudência uniforme evita a incerteza e a variação das decisões; a garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei, de acordo com o princípio da *stare*

* Tradução de Nuno de Lemos Jorge, a partir do texto original.

¹ Sobre o assunto e, também, para mais referências, cfr. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enc. Treccani Sc.Soc.*, vol. IV, Roma 1994, p. 357. V. ainda BANKOWSKI-MACORMICK-MORAWSKI-RUIZ MIGUEL, *Rationales for Precedent*, in *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, ed. by D.N.MacCormick and R.S.Summers, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney 1997, p. 481 ss.

decisis típico dos ordenamentos anglo-americanos, segundo o qual casos iguais devem ser decididos de um modo igual; a necessária previsibilidade das decisões futuras, com base na qual as partes devem poder confiar no facto de que os juízes futuros se comportarão do mesmo modo dos juízes que os antecederam. A previsibilidade pode também desempenhar uma função económica, uma vez que, se a decisão for previsível, poderá evitar-se o recurso ao juiz. Enfim, uma jurisprudência constante pode ser conhecida com mais facilidade e, deste modo, orienta de forma mais eficaz o comportamento das pessoas em sociedade.

É fácil perceber que estas razões não divergem entre si, convergindo outrossim na necessidade de a jurisprudência ser tão uniforme quanto possível. Na sua base, entrevê-se uma imagem ideal do ordenamento jurídico, segundo a qual este deve ser completo e sincronicamente coerente, estático e uniforme, devendo também assegurar que todas as controvérsias surgidas no seu seio encontram uma solução estável e unitária.

Por outro lado, mantém-se em segundo plano, ou à margem do horizonte conceptual dentro do qual se insere esta imagem, a dimensão do ordenamento que se poderá dizer dinâmica ou diacrónica, por pressupor que no sistema há incertezas e variações, diferenças e mutações. A existência desta dimensão é indubitável e inevitável, mas ela tende a ser vista negativamente, como uma exceção que, enquanto tal, deve ser reduzida e circunscrita na maior medida possível. Admite-se a variação da jurisprudência mas tende-se a considerá-la possível apenas quando haja razões particularmente relevantes, que habitualmente se designam em termos bastante vagos, por referência a mudanças sociais, morais ou económicas. Não por acaso, tenta-se, por vezes, conciliar as exigências contrárias da previsibilidade e da mudança da jurisprudência, como acontece, por exemplo, com o *prospective overruling* do Supremo Tribunal dos Estados Unidos ².

2. AS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS SUPREMOS

A realização do fim da uniformidade da jurisprudência é, por regra, confiada, sobretudo, aos tribunais supremos ³. Trata-se, na verdade, de um aspeto importante — talvez o mais importante — do que apelidarei de mito dos tribunais supremos: colocam-se no centro do sistema jurídico, no topo da estrutura judiciária, e tendemos a pensar que neles se concentra a adminis-

² Cfr., também, para mais referências, TARUFFO, *Giurisprudenza*, cit., p. 561.

³ Sobre as principais funções atribuídas a estes tribunais, v. TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann.dir.comp.e st.leg.* 2011, p. 11 ss.. De uma função *jurisprudencielle et normative* da “Cour de Cassation” francesa fala, por exemplo, CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, *ivi*, p. 191 ss.. Cfr. os estudos recolhidos no volume *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, ed by P.Yessiou-Faltsi, Thessaloniki 1998.

tração da justiça. Daí a consequência de sobre estes tribunais repousar a função fundamental de assegurar o valor da uniformidade da jurisprudência.

Trata-se, na verdade, de “factos notórios”: no que toca a Itália, basta fazer referência a Calamandrei, na *Cassazione Civile* ⁴, à unificação da “Cassazione” de 1923 ⁵ e ao artigo 65 da lei da organização judiciária de 1941, ainda em vigor, onde se lê que o tribunal (“Cassazione”) “*assegura a estrita observância e uniforme interpretação da lei*”, para além de garantir “*a unidade do direito objetivo nacional*” ⁶.

É, todavia, interessante observar que os diversos ordenamentos recorrem a técnicas diferentes para disciplinar a modalidade de atuação da função “uniformizadora” dos respetivos tribunais supremos. A mais difundida destas técnicas é, certamente, constituída pelo *stare decisis*, ou seja, a atribuição a uma decisão anterior e, essencialmente, à *ratio decidendi* em que se funda juridicamente o resultado decisório, da capacidade de influenciar ⁷ a decisão de um caso posterior idêntico ou análogo. Oriunda principalmente dos tribunais ingleses e norte-americanos, a prática do precedente difundiu-se em inúmeros ordenamentos, até mesmo alguns de *civil law* ⁸. Em certos casos, na verdade, o apelo ao precedente tornou-se uma espécie de *mantra* que se recita repetidamente, até se tornar como que uma obsessão que influencia inclusivamente o legislador processual. É significativo, a este propósito, o exemplo italiano, uma vez que o legislador mais recente tenta, de todos os modos, sem sucesso (dada a fraca qualidade técnica das normas de que se serve), fazer com que em Itália se implemente uma verdadeira prática do precedente, naturalmente sob a iluminada orientação da “Cassazione”. Basta aqui recordar o já famigerado “filtro” do recurso para a “Cassazione”, previsto no artigo 360-bis, n.º 1 do *Codice di Procedura Civile*, introduzido em 2009, segundo o qual é inadmissível o recurso quando a decisão recorrida for conforme à jurisprudência daquele tribunal (e o recurso não contenha elementos suscetíveis de conduzir à confirmação ou alteração da dita jurisprudência) ⁹.

⁴ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto* (1920), in Id., *Opere Giuridiche*, vol. VII, Napoli 1976, p. 57 ss.

⁵ Cfr. TARUFFO, *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, p. 51 ss., e, ultimamente, RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino 2013, p. 23 ss.

⁶ Sobre o tema, conceda-se um destaque a TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in Id., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss., 70 ss.. V. ainda RICCI, *Il giudizio civile*, cit., p. 32 ss.

⁷ Uso aqui, propositadamente, um termo não técnico e genérico, com o fim de não tomar posição sobre a *vexata quaestio*, que tem soluções diferentes em função de diferentes ordenamentos, sobre a eficácia vinculativa ou meramente persuasiva do precedente. Nesta sede não cabe, nem seria possível, abordar o tema. Mantém-se, de todo o modo, importante o estudo de PECZENIK, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 461 ss.

⁸ A literatura acerca do precedente é imensa, a ponto de qualquer indicação bibliográfica ser incompleta e pouco fiável. Encontra-se, de todo o modo, uma útil análise comparativa nos estudos recolhidos em *Interpreting Precedents*, cit.

⁹ Sobre esta norma discutível debruçou-se já abundante literatura e não menos abundante jurisprudência. Sobre a matéria, v., por todos, e também para referências, RICCI, *Il giudizio civile*, cit., p. 209 ss.

Uma técnica diferente consiste em prever a possibilidade de o tribunal supremo emitir uma pronúncia dotada de eficácia *ultra partes*, ou seja, de efeitos vinculativos suscetíveis de determinar diretamente a decisão de casos posteriores. O caso mais conhecido foi, no passado, o das diretivas do tribunal supremo da URSS, mas não se esqueça que esta técnica existe ainda no tribunal supremo de Cuba, que segue o modelo soviético, e também nos decretos que hoje provêm do *plenum* do tribunal supremo da Rússia, com efeito vinculativo para todos os juizes que devam aplicar as mesmas normas ou julgar casos análogos e, ainda, para todos os órgãos administrativos.

Uma técnica análoga muito interessante e, de algum modo, extrema é a que assenta nas *súmulas vinculantes* do sistema brasileiro. A fórmula das *súmulas* remonta a uma prática consolidada naquele ordenamento: no passado, elas não tinham efeito vinculativo, mas têm-no atualmente, após uma reforma constitucional datada de 2004 ¹⁰. Trata-se de enunciações formuladas pelo Supremo Tribunal Federal, em reunião dos seus membros e mediante votação (com maioria de dois terços). Têm por função ultrapassar uma divergência detetada na jurisprudência dos tribunais inferiores. Importa observar que a *súmula* não decorre da decisão de um caso concreto e, por isso, não corresponde às *massime* italianas, tratando-se de uma enunciação interpretativa construída em termos gerais. Consequentemente, não faz qualquer referência aos factos que estão na base da questão jurídica a apreciar e, por essa razão, não pode considerar-se um precedente em sentido próprio, mas apenas uma decisão que exprime uma escolha entre duas opções interpretativas de normas gerais e abstratas ¹¹. A sua função, evidente, consiste na supressão das incertezas e conflitos no âmbito da jurisprudência, assegurando a uniformidade ¹². Para tanto, prevê-se que tenha efeito vinculativo para todos os juizes e todos os órgãos públicos do Estado Federal.

Algo semelhante, ainda que não comparável em importância e dimensão à experiência brasileira, encontra-se recentemente em Espanha: através de um *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* de 30.12.2011, o Tribunal Supremo espanhol fixou, através de um ato que não constituiu decisão de um recurso, mas antes uma declaração extrajudicial, a sua própria orientação relativamente à interpretação de uma norma de grande importância sobre os termos da admissibilidade do recurso a esse mesmo tribunal, ou seja, o artigo 477.º, n.º 4, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*. É preceito que subordina a admissibilidade do recurso à presença de um *interés casacional*, tendo sido precisamente

¹⁰ Cfr. HIGASHIYAMA, *Teoria do Direito Sumular*, in *Rev.de processo* 2011, p. 74 ss.; BAHIA, *As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese*, ivi 2012, p. 362 ss.

¹¹ Cfr. HIGASHIYAMA, *Teoria*, cit., p. 87 e 99

¹² Cfr. ainda HIGASHIYAMA, *Teoria*, cit., p. 109 ss., 118. Criticamente, BAHIA, *As Súmulas*, cit., p. 360 ss., fala de uniformidade a todo o custo, através de enunciados gerais e abstratos que não decidem um caso e se prestam a operações exegéticas fundamentais não diferentes das que têm por objeto as normas.

para fixar como deve ser interpretada tal cláusula, de significado não claro, que o tribunal proferiu aquela declaração ¹³.

Como se vê, para lá da variedade das técnicas adotadas e das diferenças de efeitos que elas podem produzir, uma orientação constante vai no sentido de ver nos tribunais supremos os órgãos aos quais se confia a tarefa de assegurar a uniformidade da jurisprudência. Nisto não há nada de surpreendente, tratando-se de tribunais tipicamente colocados no vértice da pirâmide judiciária. Fica, deste modo, realçada, efetivamente, a colocação vertical de tais órgãos, na medida em que se prevê que eles possam impor — de um ou outro modo — as suas opções interpretativas e de aplicação do direito a todos os juizes colocados nos estratos inferiores da pirâmide. Tal corresponde ao modelo clássico da burocracia centralizada, no qual o poder aumenta e se concentra à medida que se caminha da base para cima, tornando-se máximo ao atingir o vértice. Naturalmente, este modelo implica que o poder seja inferior e descentralizado à medida que, do vértice, se desce à base, ou seja, aos juizes de primeira instância. De outro ponto de vista, chama-se a atenção para que, neste modelo de ordenamento, o tribunal supremo acaba por ser mais importante do que o legislador: a este cabe a função de produzir normas gerais e abstratas, mas é o tribunal supremo que estabelece o significado que a estas normas é atribuído e que, em consequência, deve ser tendencialmente aplicado por todos os juizes dos patamares inferiores e, assim, a todos os sujeitos do ordenamento.

3. UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO

A conceção que sumariamente se expõe constitui uma versão específica, mas bastante difundida, daquilo a que os filósofos chamam “universalismo jurídico” ¹⁴, fundada essencialmente na ideia de que existem regras gerais destinadas a serem aplicadas pelos juizes e de que a decisão encontra o seu fundamento apenas se o caso particular puder ser subsumido numa norma geral, que deve aplicar-se a todos os casos iguais ou similares. Naquela versão, o elemento de especificidade consiste no facto de — como se viu — se atribuir ao tribunal supremo a função de estabelecer quais são as regras gerais que devem ser aplicadas em cada caso.

O universalismo jurídico é objeto de várias críticas, assentes sobretudo na consideração — que agora constitui um lugar-comum ao nível da teoria geral — de que a decisão nunca é fruto da aplicação mecânica de normas

¹³ Sobre a matéria, cfr. DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES, *Curso de derecho procesal civil. II. Parte especial*, Madrid 2012, p. 282 ss.

¹⁴ Sobre a matéria, cfr. ultimamente BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, p. 19 ss., 21 ss., 38 ss.. Cfr. ainda GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli 2011; SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011; PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011.

gerais e de que, pelo contrário, a aplicação da norma não pode ocorrer se não por referência à complexidade do caso particular sobre o qual se verte a decisão. As orientações que, de vários modos, seguem esta perspetiva designam-se geralmente “particularismo jurídico”¹⁵ e fazem referência particular ao processo racional através do qual se elaboram decisões judiciais¹⁶.

O particularismo apresenta-se em diversas versões, algumas muito radicais, acabando estas por sustentar que a decisão deve fundar-se unicamente nas circunstâncias particulares do caso concreto, sem qualquer referência a normas. Não importa, aqui, ter em consideração essas teses¹⁷. Pode, todavia, observar-se que, ainda que sigamos versões moderadas do particularismo, como aquela que tem por necessária a referência a regras gerais mesmo que a decisão se concentre em *particulars* do caso específico¹⁸, é sempre a ênfase colocada nos *particulars* que determina a configuração da regra que constitui o critério de decisão. Daí resultam algumas considerações talvez não irrelevantes no discurso que, aqui, se vai desenvolvendo.

Antes de mais, esclarece-se que a decisão judicial não consiste na mera enunciação de regras (ou máximas) apresentadas como a única interpretação abstratamente correta, uniforme e vinculativa de disposições normativas, visto que — como hoje se reconhece uniformemente — é o intérprete a escolher e a determinar o seu significado¹⁹. Por outro lado, há que reconhecer que podem existir boas razões para decidir casos similares em termos diversos: uma vez que não há dois factos iguais²⁰, é em boa medida sobre as diferenças, ou seja, sobre *particulars* que deve assentar a interpretação da norma a aplicar no caso específico. Parece evidente que, quando uma norma é interpretada para se tornar a regra do juízo a realizar no caso concreto, como acontece no processo, é a referência aos factos daquele caso que guia a interpretação da norma. Caso contrário, ou seja, se a norma não for interpretada com referência àqueles factos, a consequência é que a dita norma não é aplicável ao caso²¹.

Essencialmente, é o facto que determina a interpretação da norma que lhe deve ser aplicada. Não por acaso, é exatamente a relação entre norma e facto que constitui um dos problemas fundamentais da teoria do direito²²

¹⁵ Para uma ampla análise destes ordenamentos, cfr. BOUVIER, *Particularismo*, cit., p. 58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., e os outros estudos citados na nota 14. Cfr. ainda TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 200 ss., também para outras referências.

¹⁶ Cfr. os estudos recolhidos no volume *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed. by Z.Bankowski and J.MacLean, Aldershot 2006.

¹⁷ Sobre o assunto, cfr. PAVLAKOS, *Two Conceptions of Universalism*, in *The Universal*, cit., p.163 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 200.

¹⁸ Trata-se, por exemplo, da posição sustentada por MACCORMICK, *Particulars and Universals*, in *The Universal*, cit., p. 3 ss., e partilhada por WALKER, *The Burden of Universalism*, ivi, p. 53 ss.

¹⁹ Sobre a matéria, v. recentemente GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p. 8 ss., 15 ss.

²⁰ Sobre a matéria, cfr. MACCORMICK, *Particulars*, cit., p. 5.

²¹ Sobre a matéria, v., com mais desenvolvimento, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 199.

²² Na vasta literatura sobre o assunto, é sempre fundamental a referência a ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2 Aufl., Heidelberg 1960.

e do direito processual²³. Consequentemente, são as peculiaridades dos factos dos vários casos que podem conduzir a diferentes interpretações da mesma norma, uma vez que induzem no juiz o uso de diferentes argumentações jurídicas, por exemplo fazendo referência a diversos princípios gerais ou constitucionais e também invocando diversas razões metajurídicas, inspiradas por diferentes valores sociais ou morais que orientam a heterointegração da norma. Parece, assim, evidente a falta de fundamento das teses como a *one right answer*, em tempo enunciada por Dworkin, segundo o qual um juiz “hercúleo” poderia sempre encontrar a verdadeira e única interpretação correta de cada norma²⁴. Por outro lado, os denominados *hard cases* são frequentemente *hard* em virtude dos factos, sendo precisamente a complexidade dos factos a dificultar a interpretação das normas que a eles se referem.

Assim, importa reconhecer que a interpretação da norma com o fim da sua aplicação como regra de decisão num caso concreto tem um inevitável e relevantíssimo aspeto particularístico, devendo assentar numa completa e analítica consideração dos *particulars* do caso²⁵: é sobre *particulars*, por assim dizer, que se modela a interpretação da norma.

Naturalmente, isto levanta um relevante problema ulterior: uma vez que as circunstâncias que constituem os factos do caso são infinitas, sendo também infinitas as suas descrições possíveis, trata-se de determinar quais são os *particulars* que se têm por significativos e relevantes para a interpretação da norma à qual se faz referência²⁶. A este propósito, não há soluções simples que possam valer automaticamente para qualquer decisão. Também a referência à *fattispecie* definida em termos gerais na norma serve apenas — por assim dizer — para abrir caminho à análise dos factos, fornecendo um paradigma inicial, que, na verdade, não é mais do que uma hipótese provisória de relevância jurídica²⁷. É, todavia, movendo-se a partir desta hipótese e, eventualmente, formulando outras que sejam progressivamente mais adequadas às circunstâncias do caso concreto que o juiz, através da chamada espiral hermenêutica, acaba por estabelecer quais são as circunstâncias relevantes do caso. Acresce que, neste procedimento de *trial and error*, ou — se se preferir — de abdução interpretativa, pois nada aqui há de mecânico ou pré-determinado, é uma atividade eminentemente criativa que leva o juiz

²³ Particularmente interessante é a análise deste problema nos termos em que foi tratado pela doutrina na primeira metade do século XX. Cfr., a este respeito, NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012.

²⁴ Sobre este ponto, v., com mais desenvolvimento e para referências, TARUFFO, *La Corte di Cassazione*, cit., p. 78 ss.. Sobre o “titanismo para lá do Atlântico que... se imagina um Hércules da interperetação”, v. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 130.

²⁵ Cfr., em particular, MACCORMICK, *Particulars*, cit., p. 10.

²⁶ Sobre a matéria, v., com mais desenvolvimento, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.197 ss.

²⁷ Sobre a matéria, v., com mais desenvolvimento, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 74 ss.

a atribuir relevância a determinados *particulars* do caso e a modelar neles a interpretação da norma que pretende aplicar ²⁸.

Se atendermos a estas considerações, mas outras se poderiam invocar a favor do particularismo, sobretudo a sua melhor correspondência ao que acontece realmente na administração da justiça, a versão do universalismo jurídico de que se falou anteriormente surge caracterizada, como se acentuou já, por uma conceção fortemente burocrática e substancialmente autoritária. Isto parece evidente porquanto se consagra um modelo piramidal, no qual é unicamente o vértice a “dizer o direito”, de um modo vinculativo para todos e *once and forever*. Ademais, desta forma, o direito vem “dito” com fórmulas altamente abstratas, sem considerar algo óbvio, ou seja, que quanto mais se caminha para o topo na escala de abstração mais se perde de vista o concreto, ou seja, a realidade. O resultado é uma imagem parcial, unilateral e deformada da administração da justiça, desenvolvendo-se quase exclusivamente ao nível dos tribunais supremos, como se as decisões dos tribunais inferiores e, sobretudo, as dos juizes de primeira instância, ou seja, precisamente aqueles que se ocupam do apuramento dos factos e da aplicação da norma nos casos particulares, fossem irrelevantes.

Observa-se, efetivamente, que, tendo em consideração o particularismo, ainda que nas suas versões mais moderadas ou razoáveis, ele não vale para os tribunais que, como a *Corte di Cassazione* e outros que atrás se assinalaram, se exprimem quase exclusivamente através de enunciações gerais que não fazem qualquer referência aos factos que, todavia, são objeto de decisão. O particularismo tem, contudo, uma relevância assinalável no que respeita aos tribunais que interpretam normas com a única finalidade de as aplicar a casos particulares, ou seja, principalmente quando se analisam as modalidades de decisões que podem considerar-se típicas de juizes de mérito. Pode, por outro lado, referir-se aos tribunais supremos anglo-americanos, dado que estes aplicam a *ratio decidendi* que constitui o precedente fundando-se na analogia entre os factos do caso posterior e os factos do caso anterior.

4. CONCLUSÕES

Se as considerações que antecedem têm sentido, deparamo-nos perante uma tensão — se não até perante uma contradição — entre dois valores ou paradigmas divergentes ²⁹: de um lado, temos a versão rigorosa da tese universalista, segundo a qual o juiz estaria vinculado a decidir de modo uniforme, aplicando dedutivamente uma regra geral e abstrata, sem atender aos factos do caso a não ser para encontrar a correspondência com a *fattispecie* definida pela norma; do outro lado, temos a perspetiva particularista, segundo

²⁸ Cfr. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 203.

²⁹ De uma tensão análoga fala, por exemplo, BELL, *The Institutional Constraints on Particularism*, in *The Universal*, cit., p. 41. Sobre a matéria, v. também PALAZZO, *Il diritto penale*, cit., p. 8 ss.

a qual, nas suas versões extremas, o juiz deve decidir tendo em conta unicamente os factos particulares do caso específico, sem tomar em consideração qualquer regra geral. Do ponto de vista teórico, as versões moderadas do particularismo jurídico não excluem, todavia, como se viu anteriormente, que possam e devam existir situações intermédias, nas quais a atenção necessária a todos os *particulars* relevantes se conjuga com a identificação de regras tendencialmente universais, suscetíveis de aplicação também a outros casos ³⁰.

No que mais interessa, pode dizer-se que a decisão judicial e, em geral, a jurisprudência, se colocam no espaço intermédio entre os dois extremos, dado que ambos parecem inaceitáveis. Tendo em conta o facto de não existir qualquer “regra de ouro” que determine o ponto de equilíbrio ideal entre os dois paradigmas, podemos apenas observar que cada decisão pode colocar-se num qualquer ponto do *continuum* assim determinado, e, deste modo, poderá aproximar-se mais do paradigma universalista ou do paradigma particularista, ou mesmo realizar uma combinação oportuna entre os dois paradigmas. A este propósito, é possível, todavia traçar uma distinção não desprovida de relevância: se considerarmos a jurisprudência que opera produzindo máximas ou *súmulas*, como acontece nos tribunais supremos que se identificaram acima, então parece evidente que ela se coloca num ponto muito próximo do extremo universalista e talvez — nos exemplos de pior formalismo — chegue até a coincidir com ele. Se, no entanto, se considerar a jurisprudência produzida pelos tribunais inferiores e, em particular, pelos juízes de primeira instância, encontra-se já um ponto mais próximo do paradigma particularista, pelo menos na medida em que estes juízes identificam e apuram todas as circunstâncias relevantes dos singulares casos concretos.

Naturalmente, ambas as versões da jurisprudência podem conviver no mesmo ordenamento jurídico. O que resta saber, mas não é problema que possa ser tratado nesta sede, é se ambas constituem “administração da justiça” em sentido próprio. Pode, todavia, admitir-se que é justiça formal aquela em que todos são tratados de modo igual num sistema de regras gerais, sendo justiça substancial a que se faz tendo em conta os valores e os fins do direito, reportando-os às circunstâncias dos casos particulares ³¹. Dependerá, então, das opções políticas realizadas em cada sistema jurídico a prevalência a atribuir à justiça formal universalista ou à justiça substancial particularista.

³⁰ Neste sentido, v. os estudos de McCormick e de Walker citados na nota 18.

³¹ Para uma distinção análoga, cfr. BANKOWSKI e MACLEAN, *Introduction*, in *The Universal*, cit., p. xii.