

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA

**ANÁLISE DA PRÁTICA DECISÓRIA DO STF: O PRECEDENTE E
AS 11 DIMENSÕES FUNCIONAIS DA “RATIO DECIDENDI” A
PARTIR DE PIERLUIGI CHIASSONI**

Brasília,

Dezembro de 2015

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA

**ANÁLISE DA PRÁTICA DECISÓRIA DO STF: O PRECEDENTE E
AS 11 DIMENSÕES FUNCIONAIS DA “RATIO DECIDENDI” A
PARTIR DE PIERLUIGI CHIASSONI**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Mestrado em Doutorado em Direito no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes.

Brasília,

Dezembro de 2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P123t.

PÁDUA, Thiago Aguiar de.

Análise da prática decisória do STF: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da ‘ratio decidendi’ a partir de Pierluigi Chiassoni. – Brasília, 2015.

276f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – ICPD, UniCEUB.

Orientação: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Processual. 3. Decisão Judicial.
4. Precedente.

I. Título.

CDD

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA

**ANÁLISE DA PRÁTICA DECISÓRIA DO STF: O PRECEDENTE E AS 11
DIMENSÕES FUNCIONAIS DA “RATIO DECIDENDI” A PARTIR DE
PIERLUIGI CHIASSONI**

Banca Examinadora¹

11/12/2015, UniCEUB.

(Or.): Prof. Dr. Jefferson C. Guedes (PUC-SP/UniCEUB)

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4778783Y6>

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto (PUC-SP/UniCEUB)

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4268649H3>

Prof. Dr. Alvaro Sales Ciarlini (UnB/IDP/UniCEUB)

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4137590T3>

Prof. Dr. Hermes Zanetti Jr. (UFRS/ROMA-Tre/UFES)

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4702309U3>

Prof. Dr. Jose Rossini Couto Corrêa (AWU/FATEFI/FATAI/UnB/UniCEUB)

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4787042T0>

¹ A(s) primeira (s) titulação (ões) refere(m)-se à(s) *alma mater*, e, a última, ao local onde exerce(m) a docência atualmente.

À Celina, Luzia, Mirian e Hermany.

AGRADECIMENTOS

Ninguém chega a lugar algum sozinho. É falaciosa a construção imagética do “*self-made-man*”. Por este motivo, embora correndo o risco de cair no lugar comum dos agradecimentos artificiais e vazios, é preciso advertir que estas singelas palavras são insuficientes para descrever o sentimento de gratidão, carinho e atenção.

Quatro categorias, não necessariamente heterogêneas ou dissociadas, foram indispensáveis para a conclusão deste labor: família, novos e velhos amigos, professores e funcionários do UniCEUB. A cada um destes grupos, o meu muito obrigado, que se expressa através da linguagem poética, para que eu possa despir a “armadura semântica” da liturgia acadêmica, na tentativa de dizer a todos o **MEU MUITO OBRIGADO...**

A minha filha Celina, e minha esposa Mirian, por toda a atenção e dificuldades várias experimentadas durante esse duro período. A meu irmão Hermany, e minha mãe Luzia, igualmente, também, por todo o apoio. O Poeta Ferreira Gullar escreveu há alguns anos, sobre o amor, que: “*Houve uma época em que eu pensava que as pessoas deviam ter um gatilho na garganta: quando pronunciasse – eu te amo -, mentindo, o gatilho disparava e elas explodiam*”. Amo todos vocês, e digo que o gatilho não explodiu.

Aos amigos Fábio Bragança, Ana Caroline Lima, João Paulo Echeverria, Fabio Furrier, Estêvão Waterloo, José (Zé) Pedro, Giullianno Caçula, Pedro Costa, Flávio Aurélio, Tiago Felipe, Mário Jorge, Paulo Cerqueira, Rafael Arcuri, Lucas Rivas, Victor Albuquerque, Márcio Lima, Luana Sandri, Jaílton Ferreira, Érica, Flávio, Humberto, André Andrade, Ariane Guimarães. A vocês, nesta lista não exaustiva, mas acolhedora, as palavras de Carlos Drummond de Andrade: “*a amizade é um meio de nos isolarmos da humanidade cultivando algumas pessoas*”. Tenho a certeza, entre tantas dúvidas, de que cultivei e fui cultivado.

Agradeço aos mestres do PPG/UniCEUB; a meu orientador prof. Jefferson Guedes, e aos não menos indispensáveis Carlos Ayres Britto, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Luís Carlos Martins Alves Jr., Antonio Suxberger, Bruno Amaral Machado, Arnaldo Moraes de Godoy, Inocêncio Mártires Coelho, Frederico Barbosa e Marcelo Varella. Institucionalmente, ao Centro Brasileiros de Estudos Constitucionais (CBEC/ICPD/UniCEUB), nas pessoas de Lílian Rose, Eduardo Mendonça, Dr. João Herculino de Souza Lopes Filho, Pedro Costa, Naiara e André Gontijo. Também o meu muito obrigado aos funcionários, assistentes e auxiliares administrativos, como a Marley, Yuri, Aline, Alexandre Magno e Ieda. Aprendi muito com todos, **muito obrigado**.

Agradeço, por fim, ao professor Pierluigi Chiassoni e aos seus dedicados pesquisadores, por nos abrirem as portas do Instituto Tarello e da Universidade de Gênova em maio de 2015, para um diálogo franco e aberto sobre sua visão sobre o Direito, e pela autorização para a tradução do artigo que se encontra em anexo nesta dissertação.

“Acho, porém, que numa conta analítica dos diversos tipos e sistemas, de relevância jurídica de precedentes judiciais, as situações em que um precedente-holding está sujeito a “exceções bem definidas” deve ser cuidadosamente mantido à parte das situações onde um precedente-holding pode estar sujeito, em vez disso, “às exceções não-bem definidas”. (...) Exceções a um precedente (holding) são bem definidos se (e apenas se), elas [as exceções] forem precisas e rigidamente redigidas e ordenadas de maneira fechada. Em sentido contrário, por outro lado, exceções a um precedente (holding) não serão bem definidas se (e apenas se), elas [as exceções] forem abertas e vagamente ordenadas. Tradução livre do original: “I think, however, that in an analytical account of the several kinds, and systems, of de iure relevance of judicial precedents, the situations where a precedent-holding is subject to “well-defined exceptions” should be carefully kept apart from the situations where a precedent-holding may be subject, instead, to “not-well-defined exceptions”. (...) exceptions to a precedent-holding are well-defined if, but only if, they are a closed, precisely worded, set. Contrariwise, exceptions to a precedent-holding are not-well-defined if, but only if, they are a open, vaguely worded, set.” (PIERLUIGI CHIASSONI).

RESUMO

A presente pesquisa analisa a racionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal a partir da utilização da MAD – Metodologia de Análise da Decisão, num recorte institucional, temático e decisório, sob a perspectiva classificatória e analítica do jurista genovês Pierluigi Chiassoni em sua filosofia do precedente e do modelo de reconstrução racional e analítica. Em termos gerais, as 11 tipologias de *ratio decidendi* são utilizadas com vistas a perquirir sobre a maneira pela qual o Supremo Tribunal Federal externa o seu agir decisório, encontrando neste tribunal um laboratório privilegiado para análise das decisões, uma vez que sua metodologia deliberatória constitui-se na possibilidade de os 11 juízes aportarem fundamentação por agregação (*seriatim decisions*) que não necessariamente constitui a “opinião da corte” (*per curiam decisions*). Realizando análise qualitativa, percebemos que o Supremo Tribunal Federal atua dentro de um sistema que atribui relevância fraca para os precedentes, tendo em vista a categorização dos 8 sistemas-tipo de Pierluigi Chiassoni, além de admitir que se realize, mesmo que implicitamente, a 5ª técnica do precedente, denominada de “estreitamento” (*Narrowing Precedent*), perceptível no caso da Reclamação nº 9428 frente ao paradigma da ADPF 130, trazendo incerteza e enfraquecendo a autoridade decisória do Tribunal.

Palavras-Chave: Rationes decidendi; Supremo Tribunal Federal; Racionalidade Decisória; Precedente;

ABSTRACT

This research analyzes the operative Supreme Court's rationality from the standpoint of Decision Analysis Methodology – DAM, through an institutional and thematic observation among decision-making process, under the analytical perspective of Pierluigi Chiassoni, the Genoese jurist, in his philosophy of precedent and model of rational and analytical reconstruction. Overall, the eleven ratio decidendi typologies are used in order to assert about the way in which the Federal Brazilian Supreme Court outside its decisions. This Court is an ideal laboratory for judicial decisions analysis, since its deliberative methodology provides the possibility of all the 11 justices assail rationale for aggregation (seriatim decisions), that means, in this case, not necessarily an “opinion of the court” (per curiam decisions) construction. Performing a qualitative analysis, we find that the Federal Brazilian Supreme Court assigns low importance to the precedential system, considering Pierluigi Chiassoni's 8 ideal-type systems. The Court admits, even implicitly, the use of the Precedent's 5th technique, called “narrowing precedent”, noticeable in the RCL n°. 9.428 case, against the paradigm of ADPF 130, bringing uncertainty and weakening the decision-making authority of the Court.

Keywords: Rationes decidendi; Federal Brazilian Supreme Court; Decision; Rationality; Precedent;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
Cinco Premissas Gerais.....	35
Uma Premissa Geral Qualificada.....	38
<u>PRIMEIRA PARTE: Perplexidade Preliminar.....</u>	41
A Caverna de Platão em que se “Encontram” as Ideias de “Problema”, “Hipótese”, “Marco-Referencial Teórico” e “Metodologia”.....	42
1. Antes: As Importantes Observações na Banca de Qualificação.....	42
2. Racionalidade das Decisões Judiciais e Racionalidade da Pesquisa.....	44
2.1. O bosque.....	46
2.2. Profundidade e superfície.....	48
2.3. Arroios e verdilhões.....	49
2.4. Transmundos.....	52
2.5. Restauração e erudição.....	53
2.6. Cultura mediterrânea.....	54
2.7. O que disse a Goethe um capitão.....	55
2.8. A pantera ou do sensualismo.....	57
2.9. As coisas e seu sentido.....	57
2.10. O conceito.....	59
2.11. Cultura. – Segurança.....	60
2.12. A luz como imperativo.....	62
2.13. Integração.....	63
2.14. Parábola.....	65
2.15. A crítica como patriotismo.....	66
3. A pesquisa ilustrada.....	67
<u>SEGUNDA PARTE: SUPREMO, PRECEDENTE E RATIO DECIDENDI.....</u>	73
1. O Precedente e sua Dimensão Conceitual.....	74

1.1. Considerações Iniciais.....	74
1.2. O Direito “Comparado” e as “Famílias do Direito”: As Advertências de Jerome Frank e Célso Borja.....	80
1.3. O precedente no direito comparado: <i>stare decisis</i> , <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	88
1.3.1. Distinção (<i>Distinguishing</i>) e Revogação (<i>Overruling</i>) do Precedente.....	96
a) <i>Overruling</i>	98
b) <i>Anticipatory Overruling</i>	99
c) <i>Prospective Overruling</i>	99
d) O Escândalo da Revista do Supremo.....	101
e) <i>Prospective Overruling</i> (Continuação).....	104
f) A Confiança no Precedente: “tridimensionalidade da confiança”	106
g) O Julgamento Alerta Alemão e outros modelos.....	112
1.3.2. A 5ª Técnica do Precedente: Estreitamento (<i>Narrowing Precedent</i>).....	113
1.3.2.1. Estreitamento Experimental (“ <i>Experimental Narrowing</i> ”).....	117
1.3.2.2. Estreitamento das Regras (“ <i>Narrowing Rules</i> ”).....	118
1.3.2.3. Do Estreitamento ao <i>Overruling</i> (“ <i>Narrowing to Overrule</i> ”)	118
1.3.2.4. Estreitamento Aspiracional (“ <i>Aspirational Narrowing</i> ”).....	119
1.3.3. <i>Superprecedent</i> , <i>Super-duper-precedent</i> e <i>Bedrock Precedents</i>	119
1.3.4. O Equivalente Brasileiro de “ <i>Superprecedent</i> ”: Análise Crítica.....	120
1.3.5. Modelos de Deliberação: <i>Per Curiam</i> vs. <i>Seriatim</i>	122
Fecho.....	131
2. O Novo CPC: Apreciação Crítica.....	133
2.1. Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais.....	133
2.1.1. Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015.....	133
2.1.2. O Novo que não é Novo: Processo é Poder.....	140

2.2. A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015.....	152
2.2.1. A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015.....	152
2.2.2. A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015.....	165
Fecho: Estranhos frutos.....	168
3. A Funcionalidade da “ <i>Ratio Decidendi</i> ” em Pierluigi Chiassoni.....	171
3.1. O Jurista de Gênova.....	171
3.2. Sua Verve Garantista	173
3.3. Aspectos sobre a teoria de Hans Kelsen a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni	176
3.4. Aspectos sobre a teoria de Jeremy Bentham a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni.....	179
3.5. Analítica e Funcionalidade da Ratio Decidendi a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni.....	180
4 Análise Decisória.....	184
4.1. A MAD – Metodologia de Análise da Decisão	185
4.2. O Caso Concreto e seus Desdobramentos Judiciais	188
4.3. As Decisões: Reclamação 9.428 e ADPF 130... ..	192
4.3.1. Análise da ADPF 130.....	194
4.3.2. Análise da Reclamação 9.428.....	196
4.3.3. Análise crítica.....	198
CONCLUSÕES.....	202
ANEXO ÚNICO: TRADUÇÃO DE “A Filosofia do Precedente: Reconstrução Racional e Análise Conceitual”, de Pierluigi Chiassoni.....	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	230

INTRODUÇÃO

Ementa: Nesta introdução realizamos uma descrição do mapa e do percurso da presente dissertação, estabelecendo vinculações de caminhos e explicando as rotas tomadas, ancorando os comprovantes dos bilhetes aéreos e marítimos.

Conforme observado por Luigi Ferrajoli², o “descobrimento” da constituição, ao menos na Itália, teria ocorrido apenas nos últimos decênios, especialmente depois que a Corte Constitucional colocou um fim na hibernação produzida nos primeiros anos pela Corte de Cassação, relativamente à aplicação da “tese programática” dos princípios constitucionais.³ O mesmo pode ser dito das Cortes Constitucionais (ocidentais) de uma maneira geral, como a Alemã⁴, e de certa forma, do Supremo Tribunal Federal.⁵

É inegável que há uma mudança comportamental do Supremo Tribunal Federal, de tal modo que sobre ele se disse recentemente que seu modelo anterior podia ser observado pela metáfora “morreu na contramão atrapalhando o trânsito”, e que sua mudança de postura poderia ser vislumbrada em outra metáfora: “ergueu no patamar quatro paredes sólidas”.⁶

² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia. 2 Teoría de la democracia.** Madrid: Trotta, 2011, p. 40.

³ Não obstante, a título de comparação, a **Corte Constitucional Italiana** negou o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, através do caso analisado na **Sentença nº 138/2010**, enquanto o **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo em 2011, através da **ADI 4277** e da **ADPF 132**, relatadas pelo ministro. Carlos Ayres Britto. Mencione-se, entretanto, que a negativa de reconhecimento da Corte Constitucional Italiana motivou a 4ª Seção da **Corte Europeia de Direitos Humanos** a condenar esta república em âmbito internacional, no julgamento realizado recentemente (21.10.2015), por meio dos **Requerimentos nºs. 18766/11 e 36030/11**, em deliberação realizada pelos juízes Päivi Hirvelä, Guido Raimondi, Ledi Bianku, Nona Tsotsoria, Paul Mahoney, Faris Vehabović e Yonko Grozev.

⁴ Para uma compreensão mínima sobre o contexto de criação da Corte Constitucional Alemã, são importantes os 3 livros de Francisco Sosa Wagner, primeiro dando vida às notas de rodapé em que se encontravam os professores alemães, e depois na reconstrução de aspectos históricos e fático-jurídicos entre 1945 a 1975 sobre os ensinamentos da experiência alemã, aliado à organização de livro contendo intensa troca de missivas entre Carl Schmitt e Ernst Forsthoff. Cfr. WAGNER, Francisco Sosa. **Maestros alemanes del Derecho público.** 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005; WAGNER, Francisco Sosa. **Juristas y enseñanzas alemanas I (1945-1975): Con lecciones para la España actual.** Madrid: Marcial Pons, 2013; WAGNER, Francisco Sosa. **Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias.** Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁵ São inúmeros os casos que podem ser mencionados a partir da menção ao Supremo Tribunal Federal, como o **Caso das Células Tronco Embrionárias** (ADI 3510), **Caso “Ficha Limpa”** (ADPF 144, ADC 30 e RE 636.359), **Caso Raposa Serra do Sol** (PET 3388), o **Caso Cesare Battisti** (Ext 1085), o **Caso da Lei da Anistia** (ADPF 153), o **Caso da União de Pessoas do mesmo Sexo** (ADPF 132 e ADI 4277), o **Caso do Aborto de Feto Anencefálico** (ADPF 54), o **Caso Prouni, Ações Afirmativas** (ADI 3330), o **Caso da Liberdade de Imprensa e de Expressão** (ADPF 130, ADI 4451 e ADPF 187), o **Caso da Fidelidade Partidária** (MS 20.916, MS 26.603, ADI 3999, ADI 4086, ADI 5081), entre outros.

⁶ Estamos a mencionar a criativa e espirituosa nomenclatura que Daniel Wunder Hachem atribuiu às duas partes de seu livro sobre o Mandado de Injunção. O marco da mudança de postura teria ocorrido a partir da implementação de direitos sociais fundamentais com a efetiva utilização do Mandado de Injunção e dos mecanismos do controle de Constitucionalidade.

Antigo juiz da Corte Constitucional italiana, o jurista Gustavo Zagrebelsky começa suas reflexões sobre aquela Corte de maneira a defendê-la tacitamente das acusações ou críticas comumente lançadas contra ela: “a função do tribunal é política, mas ao mesmo tempo não pertence à política”.⁷ Argumentação que fica em xeque, não obstante, quando observamos – com Giovanni Sartori, que o constitucionalismo é uma solução jurídica para os problemas políticos, não sendo possível “retirar a política da política”, nem mesmo discursivamente.⁸

Notáveis decisões são tomadas todos os dias por Cortes Constitucionais de todo o mundo. Cite-se, entre tantos casos, a Corte Constitucional Sul-Coreana que, decidindo após o Presidente daquele país ser afastado de suas funções através de impeachment votado pelo Congresso⁹, determinou que o chefe de governo fosse reconduzido ao seu cargo, desafiando a vontade do Poder Legislativo¹⁰, ou a decisão da Corte Constitucional Húngara, determinando que a proibição do uso de símbolos totalitários viola a segurança jurídica e a liberdade de expressão¹¹, ou a decisão da Suprema Corte Japonesa sobre os filhos nascidos

Cfr. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Madrid: Trotta, 2008, p. 11.

⁸ Giovanni Sartori nos fornece uma advertência inquietante, ao realizar profunda reflexão sobre o constitucionalismo, dizendo que quando um problema político é despolitizado – “e o constitucionalismo seria, inescapavelmente, uma solução jurídica para um problema político” - as consequências reais de tornar uma atitude jurídica neutra seriam políticas, ainda que inconscientemente, vale dizer, quando estamos diante de um julgamento, se descobre justamente que aquilo que os juristas “puros” realmente tem feito é, homiziar-se embaixo do escudo de sua indiferença judicial para questões metajurídicas, pavimentando a via para permitir que políticos inescrupulosos realizem um uso discricionário do poder sob a camuflagem de uma boa palavra, razão pela qual a “Política não pode ser retirada da política, nem de forma discursiva”. (Tradução Livre). Cfr. SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, 1962, p. 864.

⁹ A propósito, nosso artigo aceito para publicação e em vias de ser publicado. Cfr. PADUA, Thiago Aguiar; GUEDES, Jefferson Carús. Algumas Reflexões sobre as limitações constitucionais e as linhas de força do Impedimento Presidencial: o Caso Sul-Coreano de 2004. **Revista da AGU**, 2015 (no prelo).

¹⁰ Trata-se do caso “2004Hun-Na1”, da Corte Constitucional Sul-Coreana, do impeachment do presidente Roh Moo-hyun, em 2004, que reverteu a vontade do congresso, ingressando no mérito da causa supostamente política, afirmando que a decisão do parlamento teria sido desproporcional, pois muito embora o presidente tenha violado a Constituição, tais violações não foram suficientemente graves de modo a ensejar seu afastamento, uma vez que as consequências de seu afastamento seriam mais graves. Disponível em: <<http://english.court.go.kr/ckchome/eng/decisions/majordecisions/majorList.do>>, acesso em: 11.11.2015. Confira-se também: LEE, Youngjae. Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, 2005; MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. 3ª Ed. Washington, D. C.: CQPress, 2008.

¹¹ Refere-se ao caso “HUN-2013-1-003”, da Corte Constitucional da Hungria, que tratava de insurgência contra a Seção 269/B, 4ª Parte, do Código Criminal de 1978 que proibia o uso público e ostensivo da estrela vermelha de cinco pontas, entre outros símbolos de regimes totalitários. Disponível em: <<http://www.mkab.hu/case-law/translations>>, acesso em: 11.11.2015.

no casamento em que um dos cônjuges realiza cirurgia de mudança de sexo “para adequação de gênero”.¹²

Mencione-se, ainda, a recente decisão da Corte Constitucional Alemã que estendeu o conceito da proteção familiar para estabelecer que os avós devem ser considerados na escolha da regulamentação da guarda¹³, ou a decisão da Corte Constitucional da África do Sul permitindo que os presos pudessem votar¹⁴, ou sendo referência internacional no que se refere a interpretação dos direitos socioeconômicos no caso Grootboom (sobre a moradia).¹⁵

São tantas e tão diversas decisões sobre os direitos fundamentais que se abre uma plêiade de possibilidades discursivas. Evidentemente, há a reflexão prévia sobre a gramática da utilização das decisões oriundas de Cortes Constitucionais estrangeiras¹⁶, Cortes Internacionais de Direitos Humanos e Órgãos de solução de conflitos internacionais, na fecunda discussão sobre o diálogo entre juízes¹⁷, entre aqueles que admitem¹⁸ e aqueles que

¹² Cuida-se do caso “2013 (Kyo) 5”, da Suprema Corte do Japão. Disponível em: <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1212>, acesso em 11.11.2015.

¹³ Menciona-se o caso “BvR 2926/13”, da Corte Constitucional Alemã. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/06/rs20140624_1bvr292613en.html>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

¹⁴ A menção refere-se ao caso “CCT 8/99”, da Corte Constitucional da África do Sul, de 1º de abril de 1999. Disponível em: <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisrsi/20151116015606/SIRSI/0/520/S-CCT8-99>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

¹⁵ Irene Grootboom (1969–2008), uma ativista dos direitos humanos na África do Sul, faleceu recentemente, mas ficou marcada por ter levado a discussão da delicada questão sobre a moradia perante a Corte Constitucional da África do Sul, no caso “Government of the republic of south africa v. Grootboom”, considerado por Rosalind Dixon um dos casos mais ressonantes sobre a satisfação dos direitos socioeconômicos, tendo propiciado, ainda, um interessante diálogo acadêmico entre Cass Sunstein e Theunis Roux na tentativa de compreensão deste enigmático caso. Cfr. ÁFRICA DO SUL. Caso “Government of the Republic of South Africa v. Grootboom”, “CCT 11/00”. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>, acesso em: acesso em 11.11.2015; DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 51-103; SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa** 11:4 Const. For. (2001), 123; ROUX, Theunis. Understanding Grootboom - A Response to Cass Sunstein. **Forum Constitutionnel**, v. 12, n. 2, 2002.

¹⁶ São incontornáveis as reflexões de P. Tripathi e de John Wigmore sobre os precedentes estrangeiros. Cfr. TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. **Columbia Law Review**, v. 57, n. 3, 1957; WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. **Geographical Review** v. 19, No. 1, Jan., 1929.

¹⁷ A tese de livre-docência de Marcelo Dias Varella trata do assunto, assim como o vigoroso livro de Marcelo Neves. Cfr. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013; NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁸ Confira-se a tese de doutorado de Christine Peter da Silva, além do difundido posicionamento da Juíza da Suprema Corte Americana Ruth Ginsburg. Cfr. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014; GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. **Ohio State Law Journal**, v. 70, 2009.

não admitem tal “diálogo”¹⁹, em um contexto também de (suposta) circulação global dos precedentes.²⁰

Sobre a reflexão da chamada “fertilização cruzada”, há um ideário sobre o diálogo entre juízes, que envolve o interesse, o estudo e a utilização das interpretações jurídicas realizadas por outros tribunais (internacionais ou estrangeiros), nas chamadas “interações transjudiciais”, com distintas formas de comunicação (diálogos horizontais, diálogos verticais e diálogos mistos) e graus de envolvimento (diálogos diretos, monólogos e diálogos intermediários).²¹ Independentemente disso, há também a questão sobre as diversas concepções dos papéis das Cortes Supremas e Constitucionais, tema que nos toca mais diretamente nessa pesquisa, embora de forma bastante específica: racionalidade decisória.

Sob outro viés, dentro da perspectiva decisória, por um lado, há o argumento de Robert Bork, o conservador indicado por Ronald Reagan para a Suprema Corte Americana, mas que foi rejeitado pelo Senado, com uma boa ajuda panfletária de Ronald Dworkin.²² Não obstante, aquele “juiz rejeitado” entendia que a Suprema Corte, através do *judicial review*, era a “força individualmente mais poderosa modeladora da cultura”, agindo como um dos agentes do moderno liberalismo, de tal modo (e com tal largueza) que serviria como um “trampolim” para “saltar” as dificuldades inerentes ao parlamento²³, observando ainda que

¹⁹ Entre aqueles que não admitem tal “diálogo”, por variados motivos, confira-se os posicionamentos de Richard Posner, John Yoo, Robert Delahunty e Jeremy Waldron. Cfr. POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. **Legal Affairs**. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014; YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Volume 29, Number 1, 2005; WALDRON, J. Foreign Law and the Modern Ius Gentium, 119 **Harvard Law Review**. 129, 2005.

²⁰ Verifique-se, a propósito, a categorização realizada por Ruitemberg Nunes Pereira, em sua tese de doutoramento sobre a circulação global dos precedentes em matéria de direitos humanos. Cfr. NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos**. 2014. 634f.

²¹ A referência a expressão “fertilização cruzada” refere-se ao fenômeno de percepção de que há influência de um tribunal sobre o outro. Cfr. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**, p. 176.

²² Antigos colegas de faculdade, Robert Bork e Ronald Dworkin tomaram caminhos diversos, e a incisiva e panfletária atuação de Ronald Dworkin na mídia contra a indicação de Robert Bork para a Suprema Corte em 1987 foi decisiva para a sua rejeição pelo Senado, embora não exclusivamente, pois trata-se de fato complexo. Cfr. DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. **The New York Review of Books**, Vol. 34, n 13, 1987; CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 **Green Bag 2D** 17, 2013.

²³ A afirmação de Robert Bork, sobre o fato de que, em sua concepção a Suprema Corte Americana seria um dos “Modernos Agentes do Liberalismo”, invoca percepção de que nos Estados Unidos o liberalismo possui significado relativamente diferente do que observamos no Brasil. Afirma o autor; “Os juízes da Suprema Corte, ou a maioria deles, são responsáveis, em grande parte, por espalhar um individualismo e um igualitarismo radical”. (Tradução Livre). Cfr. BORK, Robert. The Supreme Court as a Modern Agent of Liberalism. In: **Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline**. New York: harper, 2003, p. 96-119

seria intuitivo o fato de que no Reino Unido os proponentes insistentes para a adoção de uma constituição escrita e do *judicial review* sejam os intelectuais e os membros do Partido Trabalhista.²⁴

Sob perspectiva diversa, há o pensamento contemporâneo de que haveria uma inversão que colocaria a noção de *judicial review* de cabeça para baixo²⁵, aliada a perspectiva de que a opinião pública ajudaria a modelar as posições e as decisões da Suprema Corte²⁶, numa linha que busca compreender e explicar a fenomenologia das Cortes e Tribunais Constitucionais, com certa reverberação no Brasil, inspirando corações e mentes dos nossos juristas.²⁷

Por outro lado, Carlos Nino, em quem Robert Alexy buscou fundamentar um sofisticado pensamento acerca dos direitos humanos²⁸, observa que as 6 premissas extraíveis do caso *Marbury v. Madison*, a partir do gênio de John Marshall, não possuiriam uma lógica tão convincente sobre a questão da “Supremacia Judicial”, pois o poder inerente ao controle de constitucionalidade judicial seria contingente, mesmo quando o sistema jurídico possuía

²⁴ Afirma Robert Bork: “É instrutivo que que no Reino Unido, os proponentes primários para a adoção de uma Constituição Escrita e do poder do judicial review sejam os intelectuais e o Partido Trabalhista. As razões são óbvias. Esse desenvolvimento iria transferir uma grande parte do poder do eleitorado britânico para os juízes, que melhor iria refletir a agenda dos intelectuais e dos esquerdistas do Partido Trabalhista. Vitórias políticas e culturais seriam alcançadas nas Cortes, e não mais nos Parlamentos. Os proponentes britânicos da supremacia judicial aprenderam a partir da experiência americana”. (Tradução Livre). Cfr. BORK, Robert. *The Supreme Court as a Modern Agent of Liberalism*. In: **Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline**. New York: harper, 2003, p. 96-119

²⁵ Por todos, confira-se a reflexão de Corina Barret Lain, que busca desenhar sua posição com a afirmação de que dois órgãos eleitos (Câmara e Senado) exercem a vontade popular, e um órgão não eleito, a Suprema Corte, exerce o peso contra essa vontade, e que quando isso é invertido, os órgãos eleitos não exercem essa vontade, e o órgão não eleito sim, virando de cabeça para baixo o conceito de “*judicial review*”. Cfr. LAIN, Corinna Barret. *Upside-Down Judicial Review*. **The Georgetown Law Journal**, vol. 101, 2012, p. 113-183.

²⁶ A percepção da atuação da Suprema Corte moldada e influenciada pela opinião pública está mais bem exposta em Barry Friedman, em sua obra destinada a esta investigação sobre a Suprema Corte Americana, e nos posicionamentos de Robert Post e Reva Siegel. Respectivamente em: FRIEDMAN, Barry. **The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Constitution**. New York: FSG, 2009; POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, 2007,.

²⁷ Eduardo Mendonça, jurista de escol, acolhe a visão de que a Suprema Corte funcionalmente serve ao canal do autogoverno democrático, com atribuição de certa influência da opinião pública. Seu mentor, o não menos brilhante jurista Luís Roberto Barroso, acolhe visão de que haveria a presença de uma razão sem voto, de tal maneira que a Suprema Corte exerceria papel representativo da sociedade, e até mais representativa que o Congresso Nacional. Confira-se, respectivamente: MENDONÇA, Eduardo. *A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático*. Em: SARMENTO, Daniel (org). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial: Ativismo Judicial, 2015.

²⁸ ALEXY, Robert. *La Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos Nino*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 26, 2003, p. 173-203.

uma constituição suprema²⁹, observando que é necessário procurar uma forma em que os controles decisórios finais estejam ligados ao exercício da soberania popular³⁰, que seu discípulo Roberto Gargarella vai cunhar na “expressão-metáfora” sobre a “sala de máquinas da constituição”³¹, pois se reconhece haver um extremado desgaste da representação política.³²

Influenciado por vários autores, J. J. Calmon de Passos fará acerba reflexão sobre o estado atual do Constitucionalismo, e sobre as Cortes Constitucionais³³, observando que após a crise do Estado de Bem Estar Social, não houve a destruição do instrumental jurídico, pontuando que a crise seria financeira (de custos), econômica (de produtividade), e política (excesso de postulações), com o capital tendo se colocado acima do Estado Nacional (e mesmo imune a qualquer espécie de pressão parlamentar), ou seja, desnecessitando de consenso popular, acabou por liberar as democracias para a formulação do direito como bem

²⁹ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 269.

³⁰ Carlos Santiago Nino vai discordar da elaboração de Bruce Ackerman, sobre a legitimação dualista da jurisdição constitucional, de que ela derivaria de uma primeira escolha do Constituinte, mencionando ser muito cético quanto a ela, pois traria muita vagueza e ambiguidade para a noção de soberania popular. Cfr. NINO, Carlos Santiago. *La Filosofía del control judicial de constitucionalidad*. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 4, 1989, p. 86.

³¹ São importantes as reflexões deste discípulo de Carlos Santiago Nino, uma vez que Roberto Gargarella vem pensando e refletindo de maneira ampla, densa e profunda sobre o Constitucionalismo Sul-Americano e Latino Americano com suas peculiaridades e perspectivas, como chefes de estado desejosos de agir a partir de populismo aliado a um hiperpresidencialismo. Cfr. GARGARELLA, Roberto. **The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860**. New York: Cambridge University Press, 2010; GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution**. New York: Oxford, 2013; GARGARELLA, Roberto. *El Constitucionalismo en Sudamérica (1810-1860)*. **Revista Desarrollo Económico**, v. 43, n. 170, 2003; GARGARELLA, Roberto. *Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. **Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna**, v. 3, n. 4, 2013.

³² GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México-DF: Fontamara, 1997; GARGARELLA, Roberto. **Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo**. Buenos Aires: Miño y Dávila eds., CIEPP, 1995; GARGARELLA, Roberto. **La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

³³ Contundente a crítica de J. J. Calmon de Passos contra as Cortes Constitucionais: “A Constituição de colocaria no vértice, não só num sentido hierárquico como por igual axiológico (valor moral), o único capaz de dar unidade a um sistema que perdeu sua sistematicidade interna por causa da perda de sentido e pulverização e incoerência da lei e das outras fontes do Direito. Zagrebelsky chega a dizer que a lei – considerada como medida exclusiva de todas as coisas, no campo do direito – cede lugar à Constituição que se converte, ela mesma em objeto de mediação. A lei é destronada em favor de uma instância mais alta. E esta instância mais alta assume a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras, divididas em seu interior e concorrenciais. E que instância é esta? As Cortes Constitucionais. Já não será verdadeiro, portanto, falar-se da democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo, sim como governo das Cortes Constitucionais, pelas Cortes Constitucionais e em benefício da paz social. O pior é que, em verdade, não é a soberania do povo, mas de dezenas e dezenas de julgadores, pulverizados em miniespaços e variadas competências, como se tivesse ocorrido o milagre da transformação de homens comuns em novos oráculos, semideuses ou, quem sabe, em um Deus não trino, mas um Deus-galáxia, formado por miríades de corpos celestes poderosos e distantes”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 173.

entendessem, pois a nível macro o poder econômico se salvaguardou do controle, com o desprestígio do Congresso e o incremento do ativismo judicial.³⁴

Sobre este último aspecto, Larry Kramer finaliza uma de suas mais densas análises sobre a Suprema Corte Americana, recordando o fato de que ao final da Convenção de Filadélfia, uma mulher se aproximou de Benjamin Franklin e lhe perguntou: “o que foi que você nos deu, Dr. Franklin? ”, tendo ouvido a resposta: “Uma república, se você puder mantê-la”³⁵, deixando claro que nascia ali uma “república composta”³⁶, como a denominou James Madison, de certa maneira avessa e temerosa da democracia, e que – desenhada de tal forma, acabou por afastar, e não aproximar, os cidadãos das decisões fundamentais do Estado, causando a crise representativa dos dias de hoje³⁷, mas que bem ou mal, tinha o desenho de uma Suprema Corte que passou por inúmeras transformações.

Não menos importante (e intrigante), é a observação de Richard Posner sobre a perspectiva da análise econômica da produção e alteração do precedente, observando - a partir da linguagem econômica -, que os precedentes se depreciam mais rapidamente em um

³⁴ Observa J. J. Calmon de Passos: “Ainda quando impotente para atingir o poder hegemônico no seu essencial, o Judiciário continuou operando como se ainda subsistisse o Estado Social Democrático, com o que fragilizou os setores capitalistas de menor relevância, tão submetidos ao grande poder econômico quanto os trabalhadores de um modo geral”, tendo como consequência a geração de um paradoxo (que Calmon de Passos vai denominar de “Armadilha do Ativismo Judicial”), somado ao que o autor denomina de “cilada hermenêutica”, ou seja, dois valiosos instrumentos ideológicos que são manejados no Estado do Bem Estar Social, que perduram “num mundo em que o espaço público e a luta política praticamente deixaram de existir”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**, p. 181.

³⁵ KRAMER, Larry. Foreword: We the Court. The Supreme Court 2000 Term. 115 **Harv. L. Rev.**, 5, 2001, p. 169.

³⁶ Tal **Republica Composta**, como a denominou James Madison, era representada por um “sistema de poder de estado federado em dois níveis, planejado para prescindir dos acessórios da monarquia, infundindo equilíbrio de poder entre o presidente, o Congresso e a Suprema Corte”, numa república que privilegiaria o domínio da lei e as eleições periódicas, procurando nutrir nos cidadãos um respeito por suas liberdades civis e políticas, sendo inovação notável e com elevado potencial democrático, muito embora esta afirmação sirva tão somente para aumentar a ironia de que “todo o edifício foi construído para deter a continuidade da democracia, num contexto que alguns membros daquela construção institucional se opunham tão severamente à democracia que hodiernamente seria embaraçoso, como a observação de George Cabot, político de Boston, para quem a democracia seria “o governo dos piores”. Cfr. KEANE, John. **Vida e Morte da Democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 267.

³⁷ Roberto Gargarella, pesquisando as causas do que chamou de “crise do sistema político representativo”, buscou responder a perguntas como 1) porque há desconfiança das instituições públicas? 2) porque o grande desinteresse da maioria das pessoas de tomar parte das atividades políticas? Observa-se que alguns autores dizem que tal se daria por “algumas deformações” ou “disfunções” do sistema político, mas Roberto Gargarella discorda. Para ele, tais “males” representariam justamente o contrário, uma vez que tal sistema político “funciona tal como se esperava que funcionasse”: “a presente crise de representação tem muito que ver com o modo como essas mesmas instituições políticas foram desenhadas. Segundo minhas investigações, tais instituições não foram desenhadas com o objetivo de promover a intervenção da cidadania nos assuntos públicos, antes, foram mais bem pensadas para desalentar dita participação. Os “Pais Fundadores” do sistema representativo rechaçavam drasticamente todo tipo de democracia direta; desconfiavam de toda intervenção ativa da cidadania na política, e, fundamentalmente, temiam as assembleias e as discussões majoritárias”. (Tradução Livre) Cfr. GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**, p. 93-95.

campo em que há muita atividade de criação de leis – e um precedente que se baseie na interpretação das leis se tornará obsoleto em caso de alteração destas. Nesta linha de raciocínio, o que ele chama de “capital legal geral” se deprecia mais rapidamente do que o “capital legal específico”, pois quanto mais geral fora a regra, menos provável será que uma alteração técnica ou legal a torne obsoleta, num universo em que os precedentes da Suprema Corte se depreciam mais lentamente do que os dos Tribunais de Apelação.³⁸

Como estamos a refletir inicialmente nesta introdução sobre aspectos de percepção do Direito e do papel dos Tribunais, não se pode olvidar a perspectiva de Luigi Ferrajoli, em sua monumental teoria que esboça um sistema de “*principia iuris*”³⁹, título dos três volumes que o alberga, dentro da perspectiva do direito como um universo simbólico, concebido em um tríplice sentido⁴⁰, proposto como uma teoria do garantismo, desenhada de maneira reconhecidamente pragmática, e, sob o paradigma constitucional⁴¹, animado por fecundo debate de ideias.⁴²

Pois bem, contextualizada a importância da atuação prática da Suprema Corte, observemos que a tomada de decisões precisa ser bastante pesquisada, refletida e analisada de maneira a permitir um adensamento da postura decisória, além do implemento dos ganhos de funcionalidade do sistema Constitucional, de modo a permitir não apenas que se vitalize

³⁸ Richard Posner nega o fato de que os precedentes da Suprema Corte venham a se depreciar mais lentamente em razão da “maior autoridade” em relação a outros tribunais, pois não seria aceitável economicamente, uma vez que a taxa de depreciação de um bem não se fundamenta no seu próprio valor, vale dizer, no exemplo referido, os precedentes da Suprema Corte se depreciariam mais lentamente do que os dos Tribunais por dois motivos: ela é mais seletiva em relação aos casos que aceita analisar, além de ser aceitável supor que a Corte Suprema exerça sua seleção em favor de casos mais gerais. Ele também considera os precedentes como um “subproduto do processo de litigância”, e a obrigação de seguir a decisão comporta ampla reflexão a partir de sua obra, sob o viés econômico. Cfr. POSNER, Richard. **El análisis económico del Derecho**. Trad. Eduardo Suárez. 2ª Ed. México: FCE, 2007, p. 836-839.

³⁹ Sobre o título da obra, “*Principia iuris*”, Luigi Ferrajoli esclarece na nota n. 38, observando: “Sobre o significado de *principium* e de *principia iuris* no léxico romanista, e em particular na obra *De republica* e *De legibus*, de Cícero, e depois na passagem de Gayo incluído por Justiniano nos primeiros títulos do *Digesto* (D.1.2.1), cf. S. Schipani, <<*Principia iuris, potissima pars principium est. Principi generali del diritto*>>”, esclarecendo que está vinculada a utilização às suas raízes históricas e múltiplas alterações semânticas, como “início”, “origem”, e posteriormente como “fundamento” (Tradução Livre). Cfr. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1 Teoría del derecho**. Madrid: Trotta, 2011, p. 75.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1 Teoría del derecho**, p. 31.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1 Teoría del derecho**, p. 29.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: o Constitucionalismo Garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015; FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale**. 8ª Ed. Roma: Laterza, 2004; FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana**. Trad. Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014; FERRAJOLI, Luigi; STRCK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

e tonifique o humanismo presente na “alma” e no “sentimento” da Constituição, mas para que se afastem desigualdades advindas pela aplicação confusa e incongruente de “precedentes nativos”⁴³, a ponto de Luiz Edson Fachin afirmar que não existe “jurisprudência no Brasil”⁴⁴, embora precedente e jurisprudência sejam coisas distintas.⁴⁵

Sabe-se que o modelo deliberatório dos tribunais pode ser bastante variado, e eventualmente vir a influir na maneira pela qual as decisões são compreendidas, ou até mesmo se pautar por um estilo em que há diálogo, (modelo socrático), ou variar sobre os aspectos das decisões “*seriatim*” ou “*per curiam*”, vale dizer, em decisões fragmentadas ou tomadas em unidade e representativas da opinião do Tribunal.

⁴³ A expressão “precedentes nativos”, cunhada por Jefferson Carús Guedes, aos diversos modelos “nativos” de aproveitamento de “precedentes”, e que com isso criam um mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho, multifacetado, acaba “ampliando a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que produz e transmite na aplicação do direito”. Cfr. CARÚS GUEDES, Jefferson. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Um País Sem Jurisprudência**. Texto Base do SJA do Prof. Pablo Malheiros, UniCEUB, enviado ao autor em 23 de junho de 2014. *Mimeo*.

⁴⁵ Quem se aventurar em pesquisar sobre o significado de jurisprudência do ponto de vista de como ela era, ou ainda é, entendida pelos autores e professores que sobre ela escreveram na Revista da Faculdade de Direito da USP, que foi publicada entre os anos de 1893 e 1934, irá perceber que no Brasil – e nesta perspectiva, houve uma evolução conceitual sobre o conceito de jurisprudência, passando pelas abordagens de João Mendes de Almeida Junior (1912), inicialmente atrelada ao direito romano para mencionar que para os romanos “*juris prudentia*” era “a própria ciência do direito”, e que “*juris prudentes*” eram os homens capazes “que determinavam o direito aplicável aos casos concretos”, passando pela referência, muitos anos depois, de Washington de Barros Monteiro (1961) em que a palavra “jurisprudência” era mais comumente utilizada para mencionar “o conjunto das decisões dos tribunais, em oposição à doutrina”. Após, alguns outros trataram da expressão “jurisprudência”: “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho fiscal de la República Federal de Alemania” (1968) de Klaus Vogel, “a jurisprudência como direito positivo” (1971), de Rubens Limongi França, “Abstração e sistematização na Iurisprudencia Romana” (2002), de Guido Fernando Silva Soares, “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?” (2006), de Estêvão Mallet, e, “Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano)” (2006), de Ignácio Maria Poveda Velasco. Cfr. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 20 (1912); MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 56, n. 2 (1961); LIMONGI FRANÇA, Rubens. Da jurisprudência como direito positivo. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 66 (1971); SILVA SOARES, Guido Fernando. Abstração e sistematização na Iurisprudencia Romana. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 97 (2002); MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 101 (2006). A diferença na citação do nome da Revista deve-se ao seguinte fator: a **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo** foi publicada entre os anos de 1893 e 1934, mas com a criação da Universidade de São Paulo, a faculdade foi incorporada à USP juntamente com a sua revista, e a partir de então passou a ser publicada com o título de “**Revista de Direito da Universidade de São Paulo**”. Observa-se que a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo existiu entre os anos de 1893 até o ano de 1934, divulgando, ao todo, 33 publicações, sendo 29 volumes individuais anuais de 1893-1933; no ano de sua extinção/transição, em 1934, publicou 4 números no volume de nº 30. Houve, no entanto, um interstício no qual não ocorreram publicações entre 1914 e 1925, por atraso. Menciona-se a seguinte informação: “*Tendo ficado em atraso a publicação da Revista, foi resolvido reunir em um só volume a matéria relativa aos anos de 1914 a 1925. A Redação deixa aos Autores dos artigos nella publicados a maior liberdade de doutrina*”. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/archive?issuesPage=1#issues>>, acesso em 25.10.2014. Por outro lado, a partir de 1935 aos dias atuais retomaram-se as publicações, ora com volumes anuais divididos em 2, 3 ou 4 números. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/archive?issuesPage=4#issues>>, acesso em 25.10.2014.

A concepção de Michael Dorf observa limites na deliberação socrática, pois para ele, quando os Juízes do Tribunal se dividem acerca da metodologia interpretativa, geralmente estabelecem uma divisão entre “textualistas” e “proponentes”; os primeiros buscariam desvelar o sentido público das normas constitucionais e legais, enquanto os últimos tratariam os textos como meros pontos de início para inferência do sentido que poderia ser aplicado a questões concretas não expressamente constantes do texto, mas ambos os casos estariam limitados por motivos ligados ao método do *common law* de análise de casos, pois, assim como o método socrático, está mais comprometido com uma preferência pela especulação em detrimento da experimentação.⁴⁶

As críticas às instituições e aos modelos estabelecidos são tão necessárias quanto a vivência e o alinhamento com proposições específicas, mas não se pode esquecer a advertência de Albert Sacks (1921-1991), antigo professor de Harvard, acerca das dificuldades interpretativas das decisões da Suprema Corte, no sentido de que se houver “ausência” do que efetivamente foi decidido, causando dúvidas interpretativas, não pode dar ensejo ao estabelecimento de um precedente.⁴⁷

Também por este motivo chamou-nos a atenção a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Reclamação nº 9.428/DF, que versava sobre a discussão inerente à liberdade de imprensa, e, portanto, saber se determinada decisão judicial de Tribunal de Justiça teria contrariado o entendimento do STF esposada no acórdão da monumental ADPF n. 130/DF, ou seja, discussão que se vincula a efetiva discussão sobre o que constituiu (ou não) *obiter dictum* e o que constituiu (ou não) *ratio decidendi* para os fins de violação da autoridade do Tribunal.⁴⁸

⁴⁶ DORF, Michael C. Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. The Supreme Court 1997 Term. 112, **Harv. L. Rev.**, 1998.

⁴⁷ Esta referência coloca em xeque a qualidade da ADPF 130 como “precedente”, uma vez que quando instados a se manifestarem sobre sua violação em caso específico, os juízes do STF tiveram enorme dificuldade sobre as concepções sobre o que seria “*ratio decidendi*” e o que seria “*obiter dictum*”. SACKS, Albert M. Foreword - Supreme Court 1953 Term. 68, **Harv. L. Rev.** 96, 1954, p. 96-103.

⁴⁸ Faticamente, como se observará, trata-se do famoso **caso Estadão v. Sarney**, no âmbito de decisão judicial proferida na origem pelo **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010738-6**, da 5ª Turma do TJDF), em que se discutia a publicação de determinada matéria jornalística pelo Estado de São Paulo sobre alguns dados de Fernando Sarney relativos a investigação policial específica.

Refletindo sobre tal tema, nos deparamos com ampla categorização sobre o precedente e a *ratio decidendi*⁴⁹, realizada pelo jurista genovês Pierluigi Chiassoni⁵⁰, dispondo sobre a filosofia do precedente de maneira articulada e analítica, trazendo renovadas luzes para uma proposta de investigação acadêmica sobre a racionalidade decisória da Suprema Corte, embora através de um caso específico que invoca duas decisões: o paradigma (ADPF 130/DF) e a análise desta decisão paradigma para observação sobre possível violação da autoridade do Tribunal (Reclamação 9.428). Trata-se de análise por amostragem em pesquisa qualitativa⁵¹, através da utilização da Metodologia da Análise Decisória – MAD.⁵²

A presente introdução foi escrita no final da pesquisa, juntamente com a conclusão, a partir do bom conselho de François Ost⁵³, e neste sentido, ressaltamos que esta investigação se divide em duas partes. A **primeira parte** buscou refletir sobre a própria racionalidade acadêmica, em fragmento dissertativo único, externado na forma de uma “Perplexidade

⁴⁹ Aqui deve ficar registrado que o acesso ao pensamento de Pierluigi Chiassoni se deu através de nota de rodapé contida no livro de Lenio Streck e de Georges Abboud, sobre o precedente e as súmulas vinculantes, que trazia uma ampla distinção entre várias espécies de “*ratio decidendi*”, quando o grupo de pesquisa “**ISO – Justiça Processual e Desigualdade**”, liderado pelo prof. Jefferson Carús Guedes pesquisava a temática dos precedentes no 2º semestre de 2014, devendo ficar registrado ainda que a colega Anna Borges foi quem sugeriu exercício de tentar comparar “fatiando” uma decisão da Suprema Corte sob a perspectiva das diversas possibilidades e concepções de “*ratio decidendi*”. Sobre o livro mencionado, confira-se: STRECK, Lenio L.; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª Ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2014, p. 46.

⁵⁰ CHIASSONI, Pierluigi. **The Philosophy of Precedent**, p. 13-43.

⁵¹ Por este motivo, por tratar-se de pesquisa qualitativa, e pela dificuldade extremada de analisar todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em uma pesquisa materializada no âmbito de uma dissertação de Mestrado em Direito, que está se tratando conceitualmente da nomenclatura utilizada na capa desta dissertação sobre “Racionalidade Decisória do Supremo Tribunal Federal”. A escolha do caso se deu, por amostragem, pelo fato de ser observável divergência sobre aplicação de decisão anterior (ADPF 130) para manter, no caso analisado (Reclamação 9.428) a autoridade das decisões do Tribunal, devendo ficar claro que é um problema passível de ocorrer em qualquer julgamento colegiado da Corte Suprema, pois realizado através do uso da linguagem por seres humanos que interagem sobre soluções pensadas para um determinado caso, com as limitações e contingências inerentes à metodologia de julgamento (*Per Curiam Decision*), de maneira pública e relativamente colegiada. Conforme observam Bruno José Barcellos Fontanella e outros, “*Ser transparente quanto à técnica de amostragem utilizada é uma atitude da dimensão ética que ajuda a evidenciar o rigor empregado em uma investigação científica. Propomos aqui um modo de sistematizar e de expor o tratamento e análise de dados coletados em pesquisas qualitativas que utilizam as chamadas amostras fechadas por saturação teórica. “Fechar” a amostra significa definir o conjunto que subsidiará a análise e interpretação dos dados. Nas amostras não-probabilísticas (intencionais), tal definição é feita a partir da experiência do pesquisador no campo de pesquisa, numa empiria pautada em raciocínios instruídos por conhecimentos teóricos da relação entre o objeto de estudo e o corpus a ser estudado*”. Cfr. FONTANELLA, Bruno Jose Barcellos; LUCHESE, Bruna Moretti; SAIDEL, Maria Giovana Borges; RICAS, Janete; TURATO, Egberto Ribeiro; MELO, Débora Gusmão. Amostragem em pesquisas qualitativas: proposta de procedimentos para constatar saturação teórica. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 27(2):389-394, fev, 2011.

⁵² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

⁵³ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2015.

Preliminar”, influenciado pelas prolíficas observações realizadas quando da realização da banca de qualificação, e também pelas afirmações de outros colegas pesquisadores de que não se pode usar parágrafos descritivos na dissertação, buscando responder à pergunta seguinte: seria possível a existência de apenas uma maneira de fazer as coisas (gesso epistêmico e metodológico), como na eventual cizânia sobre a necessidade de realização de parágrafos exclusivamente argumentativos ou descritivos?

A primeira hipótese é a de que, não obstante certa reverberação acadêmica de que não seria possível a realização de pesquisa utilizando-se de parágrafos descritivos⁵⁴, observamos que os caminhos da floresta⁵⁵ que albergam o conhecimento (e o objeto do conhecimento) podem ser traçados em linha reta, curvilínea, descritivos, argumentativos e não necessariamente de uma única maneira, ou velocidade, pois muitas vezes os atalhos fornecem a seiva necessária para o contínuo pé-ante-pé, que conduz o pesquisador, o leitor e o crítico a espaços de reflexão insuspeitos.

A **segunda parte** desta pesquisa foi dividida em quatro fragmentos, complementares e sequenciais. O **primeiro fragmento**, escrito de maneira preponderantemente descritiva, mas não exclusivamente, denunciando e insinuando a resposta da parte anterior, se dedica a refletir sobre a estrutura e o estado da arte sobre os precedentes e sobre a *ratio decidendi*, com vistas a responder a seguinte pergunta: haveria diferentes maneiras (quais?) de se conceber a aplicação do direito por parte de uma Corte Suprema, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, na reflexão sobre o precedente da Corte Suprema?⁵⁶

⁵⁴ Aqui, recorde-se Hermes Zaneti Jr, ao escrever sobre a memória de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: em qualquer hipótese, a caminhada deve sempre buscar as “questões de alta indagação”. Cfr. ZANETI JR, Hermes. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Verdade e Magister Dixit. **RePRO** v. 228, 2014.

⁵⁵ A partir das observações de Marc Fumaroli (em defesa de Michel de Montaigne na sua “polêmica” sobre o método), este, em grego significa caminho “e que todos os caminhos, mesmo e principalmente os mais árduos, não são necessariamente traçados em linha reta, como o que Descartes se propõe para sair mais depressa da floresta (...) [a palavra e a ideia de caminho] estão ligadas ao exercício do passeio e da viagem, que põe em movimento o corpo com a mente, ainda que o itinerário seguido não seja fixado de antemão, ainda que revele um fracasso pelos desvios e pelas digressões, ainda que conduza quem passeia ou viaja a tomar, enquanto caminha, vários pontos de vista muito diferentes sobre a própria diversidade da paisagem atravessada.” FUMAROLI, Marc. [Prefácio]. In: PASCAL, Blaise. **A Arte de persuadir precedida de A Arte da Conferência de Montaigne**. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. vii.

⁵⁶ A este propósito, a própria MAD – Metodologia de Análise de Decisão exige uma prévia análise da literatura especializada, para que sequencialmente se abordem e se analisem as decisões. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

A hipótese para este fragmento foi a de que, não obstante a suposta diferença entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, houve no Brasil uma recepção tardia do *common law*, e as diferenças existentes são menores do que se pode imaginar, permitindo que a Suprema Corte e os Tribunais pátrios também façam uso das denominadas 5 técnicas do precedente: **1)** recusa da aplicação, **2)** aplicação, **3)** superação (*overruling*), **4)** extensão (*extending*), e **5)** estreitamento do precedente (*narrowing*), e trabalhem com as noções de autoridade da decisão e de *ratio decidendi*.

O **segundo fragmento**, por sua vez, encontrou o Novo Código de Processo Civil nesta jornada reflexiva, que poderia eventualmente influir na percepção e condicionar as respostas subsequentes (no sentido de que poderia se afirmar não apenas a inutilidade prática desta pesquisa, como uma suposta resolução do problema através da novel legislação), não obstante a análise fática das decisões sejam pretéritas e anteriores ao Novo Código, mas exatamente por este motivo, por experimentação acadêmica, buscou-se responder a seguinte pergunta: se o julgamento da Reclamação em tela fosse realizado hodiernamente, sob a égide do Novo Código, as coisas se passariam de modo diverso (mantida a mesma composição do Tribunal e as mesmas decisões individuais)? Para tanto, realizamos uma análise crítica do CPC de 2015.

As respostas foram as de que muito embora o CPC de 2015 traga elementos supostamente novos, relacionados ao dever de fundamentação das decisões judiciais, etc., fato é que não houve nenhuma modificação com relação ao modelo deliberatório do STF e nem sobre a metodologia decisória (*Seriatim vs. Per curiam*), motivo pelo qual é provável e possível que a decisão se repetisse, e causasse as mesmas espécies de dificuldade originária, sendo de se notar, ainda, que as críticas ao CPC de 2015 ora formuladas relacionam-se ao seu alto déficit democrático e sobre a sua inconstitucionalidade formal.

A seu turno, o **terceiro fragmento** - de averiguação preponderantemente descritiva, embora não exclusivamente, buscou compreender o pensamento de Pierluigi Chiassoni, no que se refere a sua concepção de 11 distintas maneiras de se referir à “*ratio decidendi*” e sobre a filosofia do precedente, buscando responder a seguinte pergunta: haveria alguma das 11 distintas concepções de *ratio decidendi* que poderiam servir, sequencialmente, como

possibilidade de “explicar” a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal pratica (ou) sua forma decisória nas decisões pesquisadas?

A hipótese para este fragmento foi positiva, além da constatação de que se cada um dos 11 Juízes adotasse uma das onze posturas de concepção de “*ratio decidendi*” (RD1, RD2, RD3, RD4, RD5, RD6, RD7, RD8, RD9, RD10 e RD11), teríamos uma anarquia judicial. Não obstante, há extremada dificuldade classificatória, em primeiro lugar, porque os Juízes do Tribunal não externam sua opção por uma postura normativa, argumentativa ou presuntiva (que se encontram no cerne das reflexões analíticas de Pierluigi Chiassoni sobre a *ratio decidendi*), e nem há a externalização de uma “decisão representativa da opinião da Corte” (*per curiam*). Percebeu-se uma mistura entre posturas, relacionadas ao Juiz ou Tribunal Prévio, e no que se refere ao Juiz ou Tribunal Posterior.

Com efeito, o **quarto fragmento** buscou realizar uma análise sobre o famoso caso Estadão, que envolve a reflexão sobre posturas decisórias do STF acerca da alegada afronta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios às suas decisões, na dinâmica relacionada a manutenção e preservação da autoridade jurisprudencial do STF, buscando fornecer condições de possibilidade da pergunta realizada no item anterior, sobre a forma pela qual a Suprema Corte externa seu agir decisório, vale dizer: seria possível extrair algum padrão decisório do caso analisado, e quais seriam os problemas a ele relacionados em termos de tomada de decisão, tendo como referencial a filosofia do precedente de Pierluigi Chiassoni e sua classificação sobre a “*ratio decidendi*”, tratada no fragmento pretérito.

A hipótese para este fragmento foi a de que a postura decisória descrita referente ao Tribunal de Justiça foi a de que ele violou a autoridade da decisão da Suprema Corte albergada na ADPF 130, e de que o próprio Supremo Tribunal Federal – ao examinar a reclamação interposta, agiu de modo a parecer que estaria realizando um estreitamento do Precedente “*narrowing*” (se é que podemos falar de precedente), desrespeitando sua própria autoridade decisória, não obstante se deva observar que a forma como o acórdão foi (e é) elaborado (*seriatim decision*) pode ter sido fator fundamental para a dispersão da força, e que a dificuldade de delimitação da “*ratio decidendi*” teria ali a sua principal razão de ser, aliado a uma fraca atribuição de relevância a força do precedente por parte da Suprema Corte.

Metodologia de Pesquisa

Qualquer tentativa de se levar a efeito a proposta acima referenciada somente poderia ser realizada adequadamente mediante a adoção de uma via metodológica que pudesse permitir a extração de sentido, com testes de racionalidade, uma vez que será necessário abordar e dissecar uma ou algumas decisões judiciais colegiadas proferidas pelo STF, e alguns votos separadamente apresentados pelos juízes da Corte.

Uma maneira relativamente segura de separar argumentos é através da chamada MAD – Metodologia de Análise das Decisões⁵⁷. Através desta metodologia, podemos construir modelo de expressão da decisão judicial em que eventualmente se espelhem decisões fragmentadas ou da corte (*seriatin decisions* v. *per curiam decisions*)⁵⁸. A partir de então, poderíamos tentar localizar efetivamente as razões de decidir elencadas por Pierluigi Chiassoni (*ratio decidendi*)⁵⁹.

Aliás, percebe-se que a preocupação para o desenvolvimento da mencionada MAD foi a observação quantitativa e qualitativa referente a intervenção do Poder Judiciário, em especial o STF, na implementação e na formação das políticas públicas (com destaque para as áreas da educação, saúde e segurança). Neste sentido, a MAD busca ser um caminho, diferente das 4 acepções correntes que a terminologia “metodologia” invoca, buscando ser um protocolo para comparação e trabalho com decisões judiciais. Nesta acepção, se colocam as possibilidades de organização de informações sobre decisões proferidas em específico contexto, verificação da chamada coerência e da consistência decisória, neste caso a partir do pensamento de Neil MacCormick, e ainda, para produzir explanação de sentidos, tendo em conta a forma das decisões e os argumentos que foram produzidos⁶⁰.

Ao final, **em anexo único**, e com autorização do próprio jurista genovês, Pierluigi Chiassoni, realizamos a tradução de seu artigo sobre a filosofia do precedente e da analítica da “*ratio decidendi*”. Realizamos a tradução com base nas observações de Paulo Ronai, por

⁵⁷ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **MAD – Metodologia de Análise de Decisões**, p. 6-7.

⁵⁸ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. **Journal of Law & Policy**, v. 4, pp. 261-287, 2000.

⁵⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **The Philosophy of Precedent**, p. 13-33.

⁶⁰ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **MAD – Metodologia de Análise de Decisões**.

um lado, sempre pautados pelo necessário contexto⁶¹, e também tendo em vista a reorientação do paradigma da equivalência para o paradigma da contextualização, conforme Yves Gambier⁶², e ainda, é bom que se diga, a partir das observações e ensinamentos do maior tradutor de autores brasileiros (e latino-americanos) para o idioma inglês, Gregory Rabassa.⁶³

Segundo este último, o chiste italiano sobre tradução, ressalta que o tradutor (*traduttore*) seria um traidor (*traditore*), uma vez que ambas as palavras teriam o mesmo radical, mas o chiste situa-se em nova visão, a partir de elemento imaginário que radica na anedota inspirada pela parte final de “*Calderón’s Life Is a Dream*”, em que o Príncipe Segismundo diz, premiando seu libertador da torre onde se encontrava aprisionado: “*A traição foi feita, o traidor não se faz mais necessário*”, deixando os tradutores – assim -, em um limbo de serviços silenciosos.⁶⁴

A tradução - observa Gregory Rabassa, é uma arte, e não um ofício, pois é possível ensinar um ofício, mas não uma arte, vale dizer, seria possível ensinar a Picasso como misturar as cores da paleta, mas não se poderia ensiná-lo como pintar suas belas “*demoiselles*”, asseverando que:

O tradutor deve colocar a bom uso (e a seu favor) o fato de que o valor de julgamento é o pesadelo de técnicos tímidos. Na tradução (assim como na

⁶¹ A propósito: “As palavras isoladas não têm sentido em si mesmas: a sua significação é determinada, de cada vez, pelo respectivo contexto. Por contexto, entende-se a frase ou o trecho em que a palavra se encontra de momento, tornados entendíveis por um conjunto de centenas de outras frases lidas ou ouvidas anteriormente pelo ouvinte ou leitor, e que subsistem no fundo de sua consciência. Traduzidas, as palavras, ou mesmo as frases, de determinado idioma para outro, elas ficam arrancadas ao seu contexto múltiplo da língua fonte e recolocadas no contexto completamente diverso da língua-alvo. E como num texto literário não é apenas a ideia que escolhe as palavras, mas são muitas vezes as palavras que fazem brotar ideias, toda obra literária transportada para outra língua constituiria caso de traição”. Cfr. RONAI, Paulo. **Escola de Tradutores**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012, p. 13-14.

⁶² Sobre a evolução nas tendências tradutórias, observa Yves Gambier: “O que eu destacaria dessa rápida evolução são as abordagens ditas culturais (que nos reorientaram do paradigma da equivalência para o paradigma da contextualização), sociológica (que, finalmente, se preocupou com o papel dos agentes, inclusive o tradutor, no processo de tradução) e a abordagem psicocognitiva (que vai dos estudos dos anos 90, baseados na TAP (Think Aloud Protocol), até os estudos atuais sobre os processos e a tomada de decisão). Essa diversidade reflete tanto a complexidade do objeto “Tradução/Interpretação” quanto as diversas abordagens possíveis”. Cfr. GAMBIER, Yves. Entrevista com Yves Gambier. **Cad. Trad.** Florianópolis, v. 35, n. 1, jan.-jun/2015, p. 322.

⁶³ Tradutor de inúmeros autores latino-americanos para o idioma inglês, como Machado de Assis, Maria Vargas Llosa, Gabriel Garcia Marquez, Clarice Lispector, Dalton Trevisan, Vinícius de Moraes, Jorge Amado, Júlio Cortazar, entre tantos outros, o tradutor Gregory Rabassa observa que: “As palavras são coisas traiçoeiras, muitíssimo mais do que qualquer tradutor poderia ser. Como é óbvio, as palavras são meras metáforas para representação das coisas. Isso é demonstrado pelo penetrante episódio da Parte III das Viagens de Gulliver” (Tradução Livre). Cfr. RABASSA, Gregory. **If This Be Treason: Translation and its dyscontents, A MEMOIR**. New York: New Directions Books, 2005, p. 4.

⁶⁴ RABASSA, Gregory. **If This Be Treason**, p. 3.

escrita), como dissemos anteriormente, a palavra apropriada é melhor que a menos apropriada (embora padronizada). Aqui, novamente, o tradutor deve tomar emprestada a pequena espada de Alexandre. A tradução está baseada na escolha, de um tipo bastante pessoal. Há muito tempo atrás eu descobri uma coisa engraçada: se você ponderar uma palavra, qualquer que seja ela, por bastante tempo, ela se tornará alguma coisa estranha e sem sentido, e, geralmente ridícula. Eu suponho que isso seja algum tipo de ‘verbicídio’, com o sangramento da pobrezinha da palavra em sua própria essência, em seu precioso fluido corporal, deixando um corpo seco que poderia se passar por um grupo de 5 letras em uma mensagem criptográfica. Quando retiramos a pressão e recuperamos o sentido da palavra, nós de alguma maneira a deciframos. Isso é o mais longe que eu poderia ir transformando a tradução, inteiramente, sobre a razão, desde que muito disso deva ser baseado em um instinto adquirido, como aquele que utilizamos para dirigir um carro: a razão vital de Ortega.⁶⁵

Assim sendo, a tradução, além de ser uma “arte”, é uma “arte difícil”, multivariada, com resultados curiosamente bastante distintos quando várias pessoas se (pro)põem a traduzir uma mesma peça. Veja-se, por exemplo, o caso do soneto “*Voyelles*”, de Arthur Rimbaud (1872) que, submetido a 10 distintos tradutores (para o inglês), obteve 10 distintas traduções:

VOYELLES (Original, 1872)⁶⁶

1. A noir, E blanc, I rouge, U vert, O bleu, voyelles,
2. Je dirai quelque jour vos naissances latentes.
3. A, noir corset velu des mouches éclatantes
4. Qui bombillent autour des puanteurs cruelles,
5. Golfe d’ombre ; E, candeur des vapeurs et des tentes,
6. Lance des glaciers fiers, rois blancs, frissons d’ombelles

⁶⁵ RABASSA, Gregory. **If This Be Treason**, p. 9.

⁶⁶ Conforme exposto no **Centro de Estudos da Tradução**, da Universidade do Texas, em Dallas. Disponível em: www://translation.utdallas.edu/translation_studies/multiple/, acesso em 23.11.2015.

7. I, pourpres, sang craché, rire des lèvres belles
 8. Dans la colère ou les ivresses pénitentes ;
 9. U, cycles, vibrations divins des mers virides,
 10. Paix des pâtis semés d'animaux, paix des rides
 11. Que l'alchimie imprime aux grands fronts studieux;
 12. O, suprême Clairon plein des strideurs étranges,
 13. Silences traversés des Mondes et des Anges:
 14. — O l'Oméga, rayon violet de Ses Yeux!

L.	W. J. Robertson, I - (1895)	Jethro Bithell, II - (1909)	Louise Varèse, III - (1946)	N. Cameron, IV - (1947)	O. Bernanrd, V - (1962)
1	Black A, white E, red I, green U, blue O,	YE vowels, A black, E white, I red, U green, O blue,	A black, E white, I red, U green, O blue;	A BLACK, E white, I red, U green, O blue - I'll tell	A Black, E white, I red, U green, O blue: vowels,
2	Vowels that echo like remote carillions:	I will reveal your latent births one of these days.	Someday I'll tell your latent birth O vowels:	One day, you voyels how you came to be and whence.	I shall tell, one day, of your mysterious origins:
3	A, sheen of black-haired corselet on winged millions	A, of big burnished flies the ebon hairy stays	A, a black corset hairy with gaudy flies	A, black, the glittering of flies that form a dense,	A, black velvety jacket of brilliant flies
4	Round cruel stench buzzing to and fro;	Buzzing o'er cruel stanches, gulfs of shade; E, hue	That bumble round all stinking putrefactions,	Velvety corset round some foul and cruel smell,	Which buzz around cruel smells,
5	Gulfs of gloom. E, clear vapours and pavilions,	Of tents and vapours, lance of proud glaciers, rajahs who	Gulfs of darkness; E, candors of steam and tents,	Gulfs of dark shadow; E, the glacier's insolence,	Gulfs of shadow; E, whiteness of vapours and of tents,

6	White kings, thrilled blossoms, spears of frozen snow;	In linen glitter, umbel shiverings; I, displays	Icicles' proud spears, white kings, and flutter of parasols;	Stems, tents, white kings, the quiver of a flowery bell;	Lances of proud glaciers, white kings, shivers of cow-parsley;
7	I, purples, blood-dews, crimson lips aglow	Of purples, laugh of lovely lips where angers blaze,	I, purple blood coughed up, laughter of lovely lips	I, crimsons, blood expectorated, laughs that well	I, purples, spat blood, smile of beautiful lips
8	With shame of rosy limbs on languorous pillions:	Expectorated blood, excesses steeped in rue.	In anger or ecstatic penitence;	From lovely lips in wrath or drunken penitence;	In anger or in the raptures of penitence;
9	U, spheres, divine vibrations of green surges,	U, the divine vibration of green seas,	U, cycles, divine vibrations of virescent seas,	U, cycles, the divine vibrations of the seas,	U, waves, divine shudderings of viridian seas
10	Calm of meads sown with beeves, æthereal verges,	Æons, the peace of cattle-studded leas,	Peace of the pastures sown with animals, peace	Peace of herb-dotted pastures or the wrinkled ease	The peace of pastures dotted with animals, the peace of the furrows
11	Calm wreathed on furrowed foreheads of the wise;	Lines drawn by alchemy on studious foreheads wise.	Of the wrinkles that alchemy stamps on studious brows;	That alchemy imprints upon the scholar's brow;	Which alchemy prints on broad studious foreheads;
12	O, supreme clarion shrilling forth strange clamours,	O, supreme clarion full of strident noises strange,	O, Clarion supreme, full of strange stridences,	O, the last trumpet, loud with strangely strident brass	O, sublime Trumpet full of strange piercing sounds,
13	Silences cloven of worlds and angels, glammers;	Silences where worlds and angels range,	Silences crossed by Angels and Worlds:	The silences through which the words and angels pass:	Silences crossed by Worlds and by Angels:
14	Omega, O the beam of Her blue eyes!	O, the Omega, and the violet ray of His eyes!	— Omega, the violet ray of His Eyes!	O stands for Omega, His Eyes' deep violet glow!	O the Omega, the violet ray of Her Eyes!

L.	Wallace Fowle, VI - (1966)	Paul Schmidt, VII - (1975)	Louis Simpson, VIII - (1996)	Wyatt A. Mason, IX - (2002)	Christian Bok, X - (2011)
----	---------------------------------------	---------------------------------------	---	--	--------------------------------------

1	A black, E white, I red, U green, O blue: vowels,	Black A, white E, red I, green U, blue O - vowels,	A black, E white, I red, U green, O blue: vowels,	Black A, White E, Red I, Green U, Blue O: vowels.	A black, E white, I red, U green, O blue: the vowels.
2	One day I will tell your latent birth:	Some day I will open your silent pregnancies:	Some day I shall speak of your genesis:	Someday I'll explain your burgeoning births:	I will tell thee, one day, of thy newborn portents:
3	A, black hairy corset of shining flies	A, black belt, hairy with bursting flies,	A, corset black and hairy with flies	A, a corset; black and hairy, buzzing with flies	A, the black velvet cuirass of flies whose essence
4	Which buzz around cruel stench,	Bumbling and buzzing over stinking cruelties,	Heaped to bursting on atrocious smells,	Bumbling like bees around a merciless stench,	commingles, abuzz, around the cruellest of smells,
5	Gulfs of darkness; E, whiteness of vapors and tents,	Pits of night; E, candor of sand and pavilions,	Dark gulfs; E, candor of steamship and tent,	And shadowy gulfs; E, white vapors and tents, proud	Wells of shadow; E, the whitewash of mists and tents,
6	Lances of proud glaciers, white kings, quivering of flowers;	High glacial spears, white kings, trembling Queen Anne's lace;	Spears of proud glaciers, white kings, shivering umbels;	Glacial peaks, white kings, shivering Queen Anne's lace;	glaives of icebergs, albino kings, frostbit fennels;
7	I, purples, spit blood, laughter of beautiful lips	I, bloody spittle, laughter dribbling from a face	I, purples, spit blood, beautiful lips	I, purples, bloody spittle, lips' lovely laughter	I, the bruises, the blood spat from lips of damsels
8	In anger or penitent drunkenness;	In wild denial or in anger, vermilion;	That laugh in anger or drunkenly repent;	In anger or drunken contrition;	who must laugh in scorn or shame, both intoxicants;
9	U, cycles, divine vibrations of green seas,	U, ... divine movement of viridian seas,	U, cycles, divine vibrations of green seas,	U, cycles, divine vibrations of viridian seas;	U, the waves, divine vibratos of verdant seas,
10	Peace of pastures scattered with animals, peace of the wrinkles	Peace of pastures animal-strewn, peace of calm lines	Peace of pastures dotted with animals,	Peace of pastures sown with beasts, wrinkles	pleasant meadows rich with venery, grins of ease
11	Which alchemy prints on heavy studious brows;	Drawn on foreheads worn with heavy alchemies;	Lines that alchemy prints in studious faces;	Stamped on studious brows as if by alchemy;	which alchemy grants the visages of the wise;

12	O, Supreme Clarion full of strange stridor,	O, supreme Trumpet, harsh with strange stridencies,	O, supreme trumpet full of strange, harsh sounds,	O, that last Trumpet, overflowing with strange discord,	O, the supreme Trumpeter of our strange sonnet—
13	Silences crossed by Worlds and Angels:	Silences traced in angels and astral designs:	Silences traversed by worlds and angels;	Silences bridged by Worlds and Angels	quietudes crossed by another [World and Spirit],
14	— O, the Omega, violet beam from His Eyes!	O... omega ... the violet light of His Eyes!	O Omega, His eyes' violet rays!	— O the Omega, the violet beam from His Eyes!	O, the Omega!— the violet raygun of [Her] Eyes...

Com efeito, assumimos desde já que a tradução anexa comportaria variadas e distintas “versões”, tal como o soneto de Rimbaud, ou mesmo levar o apodo de Paulo Ronai, quanto ao cruzamento entre a visão e a audição: “em grau maior ou menor, encontraremos sempre no tradutor a inocente e simpática mania de querer realizar o irrealizável, ‘pôr uma estátua em música, transformar um templo em poema’”.⁶⁷

Enfrentamos o texto de Pierluigi Chiassoni, como de resto, todo o objeto desta pesquisa, como um bosque, uma selva, da mesma espécie que está contida na “perplexidade preliminar”, inspirada pela meditação preliminar de José Ortega y Gasset, sua (nossa) “teoria do conhecimento”. Todas as eventuais incongruências relativas à tradução do artigo, devem levar em conta tais confissões, seus locais de fala e as escolhas de influência tradutória acima externadas. É importante também externar o motivo de se ter optado pela tradução, e sua inserção na parte final, como anexo único.

Trata-se de tentativa de melhor compreender o pensamento do autor, inicialmente relativa a perspectiva que pode observar também o direito como tradução da justiça, ou na metáfora que considera que os 11 Juízes do STF, de certa forma, e em alguma medida, traduzem a Constituição para a sociedade a cada novo julgamento, na lógica da “transmissão” e do “esclarecimento”, ligados a interpretação:

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma

⁶⁷ RONAI, Paulo. *Escola de Tradutores*, p. 72.

linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de hermeneus, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação.⁶⁸

Inegável a ligação com o que J.J. Calmon de Passos observa como sendo “o dizer autorizado de alguns homens”, seja de matriz divina, seja de matriz “transcendental e racional”, ou ainda que seja a Constituição. É como se nunca soubéssemos, embora intuíssemos, o que diz o significado íntimo e último da Constituição, exceto quando o[s] [juízes do] Supremo sussurra[m] as palavras da “*Deusa Cosntitutionis*”.

⁶⁸ STRECK, Lenio. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 52, jan./jun., 2008, p. 127-128.

Cinco Premissas Gerais

Após uma não tão breve introdução geral às incursões desta pesquisa, parece-nos necessária a articulação prévia de ideias, como a lenha recolhida para sequencialmente ser transformada em fogueira, dando lugar aos mais diversos afazeres, passando pelo aquecimento para espantar o frio ou o preparo dos alimentos, no crepitar das brasas que se consomem a si mesmas.

São articuladas abaixo 5 premissas gerais (e após, também uma premissa geral qualificada), sobre as quais todo o edifício de ideias desta pesquisa é construído, vale dizer, chegar ao final deste túnel subterrâneo, analisando a racionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, com discussão sobre o precedente e sobre as maneiras ou formas deliberatórias, pressupõe, da forma como aqui se pontua, que:

A) Historicamente os **conflitos** humanos **multiplicaram-se** por causa – ou em função - do sentimento de posse e de propriedade, na perspectiva da condição humana em que há tendência a exclusão do outro, de tal maneira a eliminar a diferença (eles) e afirmar a semelhança (nós) por meio de três pilares: força, guerra e sangue.⁶⁹ Portanto, sociedade do conflito.

B) Reconhecendo-se **limitações à razão** (que pode funcionar mais por encantamento)⁷⁰, observamos que a matriz divina, racional ou Constitucional do direito, pressupõe homens com especial capacidade de revelar aos demais o sentido expresso na “pretensão de ordenação”, e se aquele(s) com capacidade de decidir (através do divino, da razão ou da Constituição) não dispuser(em) de meios de implementação e de deslegitimação das resistências opostas, terão pregado no deserto, e terão decidido em vão.⁷¹

C) A ideia de um Tribunal ou Corte (Suprema ou Constitucional) necessariamente estará fadada – (ou se se preferir: condenada) a lidar com as letras A e B, acima, com o adicional da letra D, abaixo, numa perspectiva contemporânea segundo a qual a **igualdade**

⁶⁹ A partir de Rossini Corrêa, poderíamos transportar para o processo e para a resolução de conflitos utilizando a argumentação de que força, guerra e sangue podem ser vistos como: forçada imposição judicial, disputa e resultado da disputa. Cfr. CORRÊA, Rossini. **Crítica da Razão Legal**. 3ª Ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014, p. 25.

⁷⁰ SCHLAG, Pierre. **The Enchantment of Reason**. Durham: Duke University Press, 1998.

⁷¹ CALMOM DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**.

suposta perante a lei se converte em uma (também suposta) desigualdade perante os tribunais.⁷²

D) Decidindo com ares ou forma de definitividade, seja por qual motivo for, o grupo de pessoas (colegiado de um Tribunal como o STF) decidirá por (e através da) **linguagem**⁷³, e está fadado a depender de duas vigas ou alicerces: precisão linguística e diferenciação permanente, sobretudo se estivermos diante do (ou de um) “**precedente adâmico**”⁷⁴ em realidade na qual pode ser visto através das lentes também da problemática “**do precedente na era de sua reprodutibilidade técnica**”.⁷⁵

E) Tendo optado por contar votos, e não por cortar cabeças⁷⁶, a deliberação colegiada para a fábrica ou produção do precedente do Supremo está sujeita a suscitar dúvidas e más interpretações, sobretudo se permitir que vários discursos e opiniões judiciais sejam sobrepostos uns aos outros, por agregação, com a incontornável dificuldade para articular diferentes razões emitidas e externadas por distintos interlocutores, que utilizarão do inferencialismo⁷⁷ – e sobre as quais o interprete também utilizará de inferencialismo para

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os Tribunais e os Portugueses**. Em: A cor do tempo quando foge: uma história do presente (Cônicas 1986-2013). São Paulo: Cortez, 2014; SOUSA SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Oficina do Centro de Estudos Sociais nº 65, 1995.

⁷³ A referência está ancorada na observação de Lenio Streck, influenciado em sua obra por Heidegger, Gadamer, Ernildo Stein e Dworkin, ao esposar a “Dupla estrutura da linguagem, a ausência de ‘grau zero’ na compreensão e o problema dos discursos previamente funda(menta)dos”. Cfr. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**, p. 133-146.

⁷⁴ A partir de Ortega y Gasset, na abordagem realizada na “perplexidade preliminar” (primeira parte desta dissertação). ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Trad. Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano Ltda, 1967, p. 103.

⁷⁵ Também desenvolvida a ideia do “Precedente na era de sua reprodutibilidade técnica”, na “perplexidade preliminar” (primeira parte desta dissertação) baseado, nas reflexões de Walter Benjamin sobre “a obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica”. Cfr. BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de Sua Reprodutibilidade Técnica. Em: BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras Escolhidas I. Trad. Rouanet S. São Paulo: Brasiliense, 1980; ABREU, Fabrícia de Castro. Sobre o ensaio “A obra de Arte na era de sua reprodutibilidade técnica”. **Cadernos Walter Benjamin n. 12. ANPOF**, 2014.

⁷⁶ Referência sobre a visão liberal de democracia, de matriz inglesa e que influenciou bastante os Estados Unidos, que por sua vez influíram bastante em nossa história Constitucional, e nossa percepção de Constitucionalismo, que possuiria raízes na observação de James Fitzjames Stephen (aquele que seria o molde original de Robert Bork e inúmeros conservadores e originalistas americanos), a observar que: “*O regime parlamentarista é simplesmente uma forma branda e disfarçada de coerção. Para impor a força, concordamos em contar cabeças em vez de decapitá-las, mas o princípio é o mesmo (...) A maioria cede não por ter-se convencido de estar errada, mas por ter-se convencido de que é minoria*”. A obra de James Stephen (*Liberty, Equality, Fraternity*, de 1873), na qual ele contende e controverte as ideias de John Stuart Mill (expostas em “*On Liberty*”, de 1859) encontra-se em domínio público, e estamos trabalhando para traduzi-la para o idioma português. Cfr. POSNER, Richard. O Primeiro dos Neoconservadores. Em: **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 276-277; FITZJAMES STEPHEN, James. **Liberty, Equality, Fraternity**. Second Ed. London: H. Elder & Co, 1874.

⁷⁷ Incursão sobre a perspectiva de Robert Brandom, filósofo da linguagem, e discípulo de Rorty, sobre as dinâmicas e condições de possibilidade da linguagem a partir de seus estudos sobre o inferencialismo. Cfr. BRANDOM, Robert.

computar as diferentes razões articuladas, potencializada a dificuldade por “guerrilha metodológica” e “disputa ideológica”.⁷⁸

Com efeito, como parece intuitivo, retirados ou demolidos um (ou quaisquer) dos alicerces acima, provavelmente o edifício todo ruirá, ou sofrerá abalo nas estruturas. A própria explicitação deste cerne compreensivo serve não apenas como um canto das sereias, em um convite para que o leitor possa contestar (e/ou dialogar com) as premissas, mas – e principalmente, se veja em uma tal situação como aquela da “regra 42” (se assim forem consideradas), vale dizer, a desconstrução deve se transformar na regra mais antiga do livro, e, portanto, na condição de “alicerce nº 1”⁷⁹, substituindo as fundações afastadas pelo gesto iconoclasta, exceto, evidentemente, se estivermos – não diante de um iconoclasmo, mas de um gesto de iconoclash.⁸⁰

Articulando Razões: uma introdução ao Inferencialismo. Trad. Agemir Bavaresco e outros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013; BRANDOM, Robert. Inferential Man: Na Interview with Robert Brandom. **Rev. Symploké**, v. 21, n. 1, 2013; BAVARESCO, Agemir. Pragmatismo Semântico: Modelo, Estratégias e História do Projeto Filosófico de Robert Brandom. **COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia**, vol. 8, nº. 2, julho-dezembro, 2011; MAROLDI, Marcelo Masson. **Um Estudo Sobre o Racionalismo Inferencialista**. 2013. 157f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2013; CARMO, Juliano Santos do. Robert Brandom: Inferência Material e conteúdo conceitual. *Rev. intuitio*, v. 3, n. 2, 2010; BAVARESCO, Agemir; CARMO, Juliano Santos do. A Pragmática Normativa de Robert Brandom. **Rev. IX SAPPGFIL PUCRS**, 2012.

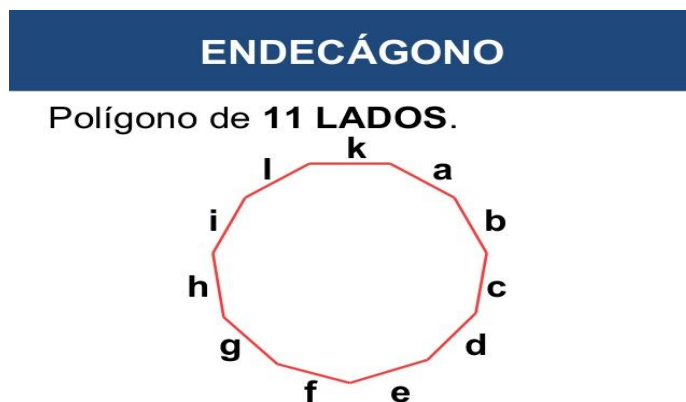
⁷⁸ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. **On The Philosophy of Precedent**. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷⁹ A referência está relacionada ao julgamento do roubo das tortas de Alice no País das Maravilhas, e a famosa alteração em torno da “construção” e da “desconstrução” da “regra número 42”. Cfr. CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 140.

⁸⁰ Aqui estamos diante da construção de Bruno Latour sobre a cascata de imagens e sobre o Iconoclash, em referência ao gesto iconoclasta e ao iconoclasmo. Cfr. LATOUR, Bruno. O que é iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? **Horiz. antropol.** vol.14 no.29 Porto Alegre Jan./June 2008. A versão original, no entanto, é muito mais atrativa, uma vez que conserva as imagens de que o texto trata, permitindo uma maior e mais densa experiência discursiva sobre o Iconoclash. Cfr. LATOUR, Bruno. **What is iconoclash? Or is there a world beyond the image wars?** Disponível em: <<http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/84-ICONOCLASH-GB.pdf>>, acesso em 25.11.2015.

Uma Premissa Geral Qualificada

Feitas as considerações anteriores (e a partir delas), trabalhamos com o fato de que o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 membros, em sua feição colegiada (plenária), que atuam como uma espécie de “Polígono de 11 lados”, ou “endecágono”, que possui, ao menos matematicamente, 44 diagonais distintas, e podem fornecer interpretativamente inúmeras e incontáveis angulações constitucionais, nem todas congruentes:



Neste contexto, trabalhando com a concepção de Gonçalo M. Tavares⁸¹, refletindo sobre o cientista e teólogo sueco Emanuel Swedenborg (1688-1772), observa-se que todos os “ângulos” são “desejos”, e que é possível “fechar” o desejo:

1. Todos os ângulos são desejo



2. É possível fechar o desejo



Também trabalhamos com a referência de que tratam-se de desejos constitucionais, de “vontade de constituição”, tal qual asseverado por Konrad Hesse⁸², e que tais desejos podem se “abrir” e “fechar”, e que 11 ângulos são 11 desejos, e se torna necessário, como

⁸¹ Gonçalo Tavares, escritor luandense radicado em Portugal, trabalha a ideia em: TAVARES, Gonçalo. **O Senhor Swedenborg e as investigações geométricas**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2011, p. 17-20. A primeira imagem desta lauda foi retirada da internet (autoria desconhecida) e a segunda consta do referido livro de Gonçalo Tavares.

⁸² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Em: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146.

observa Gonçalo Tavares, “uma linha maior (é necessário mais força para travar)”, e que “a vida é continua abertura e fechamento de desejos”, assim como nos parece ser o caso do Supremo Tribunal Federal, que possui 11 lados (e 11 ângulos).

No entanto, jamais se pode negligenciar a famosa observação de Robert Jackson, antigo Juiz da Suprema Corte Americana, que mencionou certa vez também a vontade dos Assessores (*Law Clerks*): “O Senado não mais precisa se incomodar com a confirmação dos *Justices*, mas ao invés disso deveria confirmar a nomeação de seus assessores”.⁸³ Neste sentido, muitas e multifacetadas são as diversas angulações do Tribunal, considerando-se ainda que muitas e multifacetadas são as diversas angulações Constitucionais passíveis de interpretação.⁸⁴

Diferentemente dos Estados Unidos, em que a Suprema Corte não possui poder de revisão geral relativamente às leis dos 51 Estados Federados, mas apenas com relação às normas Federais⁸⁵, e somente se reúnem em composição plena (*full bench*), e decidem monocraticamente apenas as denominadas “*In Chamber Opinions*”⁸⁶, nosso Supremo

⁸³ Tradução livre: “*The Senate no longer need bother with the confirmation of justices but rather ought to confirm the appointment of their law clerks.*” (Justice Robert H. Jackson). Cfr.: BRYAN, Amanda C. **Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association**, 2012; PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. **Charleston Law Review**, vol. VII, 2012; PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. **DePaul Law Review**, vol. 58, 2008; PEPPERS, Todd C.; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. **Albany Law Review**, vol. 71, 2008; NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? **Vanderbilt Law Review**, vol. 62, 2009; WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. **The Justice System Journal**, vol. 20, n. 1, 2008.

⁸⁴ Registre-se que no campo da “redução da discricionariedade judicial”, em tema vinculado à interpretação, Fábio Luiz Bragança Ferreira, pesquisador e aluno do PPG/UniCEUB (Mestrado e Doutorado), está produzindo pesquisa dissertativa intitulada “Discricionariedade Judicial: algumas abordagens e uma proposta de superação”, orientada conjuntamente pelos professores Doutores Jefferson Carús Guedes e Lenio Luiz Streck, a ser apresentada e defendida em 2016.

⁸⁵ SUMMERS, Robert. Em: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Statutes: A Comparative Study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 407-460.

⁸⁶ RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2009 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1887, 1892, 1896, 1906, 1914, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960 and 1961**. Vol. 4, part. 6, Washington: Green Bag Press, 2011; RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2007 and 2008 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1854, 1887, 1891, 1906, 1909, 1910, 1912, 1913, 1914, and 1915**. Vol. 4, part. 5, Washington: Green Bag Press, 2010; RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2006 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1945, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1953, 1955, 1959 and 1961**. Vol. 4, part. 4, Washington: Green Bag Press, 2007; RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2005 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1852, 1861, 1888, 1914, 1936, 1937 and 1942**. Vol. 4, part. 3, Washington: Green Bag Press, 2006; RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.;

Tribunal Federal se fraciona em turmas, e também decide em plenário, tendo poder de revisão recursal e declaração de inconstitucionalidade sobre as leis Estaduais e Federais, além de decidirem monocraticamente a grande massa de processos, inclusive de caráter Constitucional, sem mencionar a diferença deliberatória entre o “*seriatim*” do STF e o “*per curiam*” americano.

Tendo em vista as premissas estabelecidas, passemos para as duas partes desta dissertação, com vistas a caminhar em direção as conclusões possíveis, pretendendo suscitar algumas reflexões acerca da atividade decisória do Supremo Tribunal Federal, com especial destaque para as minúcias de seu modelo deliberatório sob à luz de Pierluigi Chiassoni.

MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2004 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1941, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1949, 1950, 1955 and 1965.** Vol. 4, part. 2, Washington: Green Bag Press, 2005; RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1999 Term through 2003 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1853, 1861, 1912, 1945, 1946 and 1952.** Vol. 4, part. 1, Washington: Green Bag Press, 2004; RAPP, Cynthia (Org). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1979 Term through 1998 Term.** Vol. 3, Washington: Green Bag Press, 2004; RAPP, Cynthia (Org). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1967 Term through 1978 Term.** Vol. 2, Washington: Green Bag Press, 2004; RAPP, Cynthia (Org). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1925 Term through 1966 Term.** Vol. 1, Washington: Green Bag Press, 2004.

PRIMEIRA PARTE: PERPLEXIDADE PRELIMINAR

A CAVERNA DE PLATÃO EM QUE SE “ENCONTRAM” AS IDEIAS DE “PROBLEMA”, “HIPÓTESE”, “MARCO-REFERENCIAL TEÓRICO” E “METODOLOGIA”.

Ementa: Nesta parte da dissertação realizamos uma busca pela compreensão da racionalidade da (desta) pesquisa, provocados pela afirmação difusa de que somente haveria uma forma de fazer as coisas, em parágrafos argumentativos, e jamais em parágrafos descritivos.

1. Antes: As Importantes Observações da Banca de Qualificação

Iniciar um título mencionando uma “perplexidade preliminar” une duas espécies de sentido nesta pesquisa. Primeiro, a palavra perplexidade, com a qual se referiu o professor Doutor Hermes Zanetti Junior⁸⁷ durante a banca de qualificação ocorrida no dia 16 de dezembro de 2014, banca esta composta também pelos professores Doutores Carlos Ayres Britto e Jefferson Carús Guedes.

Segundo, a palavra meditação, mencionada pelo professor Doutor Carlos Ayres Britto, sobre a necessidade de partirmos sempre do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para localizar no próprio texto magno – e pensando a partir e sempre em seu interior -, a relação entre legalidade (constitucionalidade) e precedente, e neste sentido, meditar sobre a necessidade de “*trabalharmos com os antídotos*” para eventuais excessos de discricionariedade por parte dos juízes, antídotos esses que estariam presentes na fundamentação adequada das decisões, no sistema recursal e na publicidade das decisões para “*salvar o juiz de si mesmo*”.

⁸⁷ Em reduzidíssima síntese, aludiu, de maneira crítica, a três perplexidades ao examinar a versão preliminar da pesquisa apresentada perante a banca de qualificação. A primeira perplexidade mencionada sobre nossa abordagem referiu-se a uma necessidade de maior reflexão sobre a nossa recepção tardia do *common law* a partir da Constituição de 1891, o que influiria na nossa percepção sobre os precedentes. A segunda perplexidade referia-se ao tratamento que deve ser conferido em relação a dualidade existente “legalidade/precedentes”, num contexto em que seríamos observados por outros centros de pensamento jurídico, como o italiano, como pertencentes mais ao *common law* do que ao *civil law*. E a terceira perplexidade sobre a necessidade de reflexão sobre as implicações da normatização da teoria dos precedentes.

Trouxe-nos muitas reflexões para vários dias, noites e madrugadas. O archote com que nos deparamos para iluminar uma trilha escorregadia e muitas vezes traiçoeira, como traiçoeira é a linguagem, foi o casamento entre aquelas duas observações sobre “perplexidade” e “meditação” – e algumas observações que ouvimos de colegas de que somente se poderia produzir pesquisa a partir de parágrafos argumentativos, e jamais descritivos. Chamamos ao diálogo, não obstante outras possibilidades refletivas, o ideário de José Ortega y Gasset – sobretudo o que escreveu em suas “Meditações do Quixote”, especialmente na “meditação preliminar”, observada por Julián Marías como “uma teoria da realidade e do conhecimento”.⁸⁸

Resolvemos meditar sobre a constituição, o precedente e o Supremo, além de buscar a trilha da perplexidade, mas observando-os, como de resto todo o mais, inclusive o próprio caminhar da pesquisa, sob a perspectiva do “bosque” do qual nos fala o filósofo, em busca de canalizar possibilidades, e de fomentar pontos de vista.

Duas questões, no entanto, devem ficar registradas.⁸⁹ A primeira e mais importante delas, o fato de que a filosofia do pensador madridista possui variadas e sucessivas fases⁹⁰ e contornos, além de pontos centrais e chaves interpretativas de uma obra quase “inabráçavel”, como a circunstância orteguiana, o Raciovitalismo e o perspectivismo.⁹¹ Com isso não

⁸⁸ MARIÁS, Julián. O Primeiro Livro de Ortega. Em: ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 14.

⁸⁹ Com essa frase queremos agradecer as lições de dois professores que, influenciados por Ortega y Gasset, advertem seus alunos, de quem tivemos a oportunidade de partilhar tão disputado adjetivo: Inocêncio Mártires Coelho e Jéferson Assunção.

⁹⁰ Entre outros: ASSUMÇÃO, Jéferson. **Homem-massa: a filosofia de Ortega y Gasset e sua crítica à cultura massificada**. Porto Alegre: Editora Bestiário, 2012; SÁNCHEZ, Juan Escámez. **Ortega y Gasset**. Trad. José Gabriel Perissé. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010; RIBEIRO SANTOS, Vilson. O Homem e Sua Circunstância: Introdução à Filosofia De Ortega Y Gasset. **Revista Metanoia**, São João del-Rei, n. 1, p. 61-64, jul. 1999; CARVALHO, José Mauricio de. O conceito de circunstância em Ortega y Gasset. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, Volume 43, Número 2, p. 331-345, Outubro de 2009.

⁹¹ Sobre o “perspectivismo, observa Ortega: “Para Descartes el hombre es un puro ente racional incapaz de variación; de aquí que le parezca la historia como la historia de lo inhumano en el hombre y que la atribuya, en definitiva, a la voluntad pecadora que constantemente nos hace dejar de ser entes racionales y caer en la aventura infrahumana. Para el como pare el siglo XVIII la historia no tiene contenido positivo, sino que representa la serie de los errores y equivocaciones cometidos por el hombre. En cambio, el historicismo y el positivismo del siglo XIX se desentienden de todo valor eterno pare salvar el valor relativo de cada época. Es inútil que intentemos violentar nuestra sensibilidad actual, que se resiste a prescindir de ambas dimensiones: la temporal y la eterna. Unir ambas tiene que ser la gran tarea filosófica de la actual generación, pare la cual yo he procurado iniciar un método que los alemanes propensos a la elaboración de etiquetas me han bautizado con el nombre de «perspectivismo»”. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José. *¿Qué Es Filosofía?* Em: **Obras completas**, vol. VII. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983. p. 286.

queremos nos contradizer, e fazer a observação de que a aproximação sobre uma pesquisa pode ser tão livre quanto possa, e a decisão de um Tribunal não. Disso não se trata.⁹²

De fato, o que gostaríamos de deixar patente é que a aproximação do objeto pesquisado e a decisão judicial colegiada são coisas distintas, e com variados pressupostos, e nenhuma delas prescinde do fato de que precisam minimamente estender suas premissas sob a luz do sol, permitindo contraste, diálogo e reflexão, não apenas porque a clareza deve ser a cortesia do filósofo, como pontificou Ortega, mas porque as conclusões somente se fazem sindicáveis a partir de uma correta e adequada checagem entre o início e o final da jornada argumentativa.⁹³

2. Racionalidade das Decisões Judiciais e Racionalidade da Pesquisa

Se de fato procuramos realizar uma reflexão sobre a abordagem analítica da “*ratio decidendi*”, ou em outras palavras, sobre as razões de decidir, que radica seu núcleo conceitual na racionalidade das decisões judiciais, a partir do labor do jurista genovês Pierluigi Chiassoni, parece intuitivo refletir, ainda que de maneira breve, sobre a racionalidade da própria pesquisa acadêmica, repita-se: *brevitatis causae*.

Inicialmente, valemo-nos das reflexões de José Ortega y Gasset na epígrafe de suas meditações preliminares às meditações do Quixote, que provoca (perguntando): seria, “*por ventura, o Dom Quixote só uma palhaçada?*” [*Ist etwa der Don Quixote nu reine posse?*]⁹⁴. Sem dúvida uma candente provocação; poderíamos nos valer da mesma pergunta,

⁹² Do primeiro (Meditações do Quixote), ao último livro de Ortega y Gasset (O que é filosofia?), longa é a trajetória, e não temos a intensão de dominar a obra orteguiana em sua plúrima universalidade, mas aportamos a reflexão estendida nesta última obra: “El filósofo que está dispuesto al máximo peligro intelectual, que expone integro su pensamiento, tiene obligación de ejercitar plena libertad—librarse de todo, inclusive de esa suspicacia labriega ante una posible metafísica. No renunciamos, pues, a ningún rigor crítico, antes bien, lo llevamos a su extrema exigencia, pero lo hacemos sencillamente, sin darnos importancia por ello, sin adoptar la patética gesticulación criticista”. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José. ¿Qué Es Filosofía? Em: **Obras completas**, vol. VII. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983. p. 328.

⁹³ A propósito, confira-se interessante texto sobre a importância de Ortega y Gasset para a filosofia do Direito, a partir das observações de António-Enrique Pérez Luño. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historiográficos de la filosofía del Derecho. Em: ALONSO, Fernando H. Llano; SÁENZ, Alfonso Castro (Org.). **Meditaciones sobre Ortega y Gasset**. Madrid: Editorial Tébar, 2005, p. 522 e ss.

⁹⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Trad. Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano Ltda, 1967, p. 61.

substituindo o Quixote por qualquer coisa, desde as pesquisas acadêmicas até as decisões judiciais, a partir da retomada que o autor realiza na sequência (e de forma séria).

Detendo-nos nas preliminares meditações do Quixote, observamos a hábil construção de um raciocínio, composto de 15 fragmentos que nascem após a narrativa sobre o que precede o ato de pensar, refletir, meditar. Fala-se sobre o Mosteiro do Escorial, que se levanta sobre um outeiro:

O declive meridional deste outeiro inclina-se sob a cobertura de um bosque de freixos e carvalhos. O lugar se chama “A Ferraria”. A cárdea mole exemplar do edifício, segundo a estação, troca seu aspecto, graças a este manto de espessura estendido aos seus pés e que é cor de cobre no inverno, áureo no outono e verde escuro no verão. Passa a primavera voando por aqui, instantânea e excessiva – como uma imagem erótica pela alma acerada de um anacoreta. As árvores cobrem-se rapidamente com frondes opulentas de um verde claro e tênro, o solo desaparece sob um tapete de esmeralda que no outro dia se reveste com o amarelo das margaridas e em outro, com o amorado do rosmaninho. Há lugares de esplêndido silêncio o qual nunca é silêncio absoluto. Quando calam por completo as coisas em volta, o vazio de rumor exige ser ocupado por algo, e então ouvimos o bater de nosso coração, as pulsações do sangue em nossas têmporas, o fervor do ar que invade nossos pulmões e que logo se torna penoso. Tudo isso é inquietante porque tem uma significação demasiado concreta. Cada palpitar do coração parece ser o último. O palpitar seguinte semelha sempre uma casualidade e não garante o subsequente. Por isso é preferível o silêncio no qual tremulem sons puramente decorativos, de referências inconcretas. Assim é este lugar. Há águas claras correntes que vão murmurando ao largo, e há no verdor avezinhas cantantes – verdelhões, pintassilgos, verdilhotes e algum sublime rouxinol. Numa dessas tardes de fugaz primavera, vieram a meu encontro na “Ferraria” estes pensamentos”.⁹⁵

Os pensamentos a que se refere o filósofo são os 15 fragmentos que compõe a meditação preliminar, trazendo densas reflexões, as mais diversas que pulsaram com a verve

⁹⁵ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*, p. 65-66.

mais inquietante possível de seu pensamento: **1.** O bosque, **2.** Profundidade e superfície, **3.** Arroios e verdilhões, **4.** Transmundos, **5.** Restauração e erudição, **6.** Cultura mediterrânea, **7.** O que disse a Goethe um capitão, **8.** A pantera ou do sensualismo, **9.** As coisas e seu sentido, **10.** O conceito, **11.** Cultura. – Segurança, **12.** A luz como imperativo, **13.** Integração, **14.** Parábola, e, **15.** A crítica como patriotismo.

Tomamos emprestados tais fragmentos para aportar algumas reflexões que por eles foram provocados, num trajeto que busca se beneficiar da reflexão filosófica para melhor compreender a racionalidade da pesquisa, que se volta num momento posterior para compreender a racionalidade das decisões judiciais a partir da filosofia analítica de Pierluigi Chiassoni, para uma análise sobre a “*ratio decidendi*” do Supremo Tribunal Federal.

2.1 O bosque

A abordagem sobre o que denominou de “O bosque”, invoca algumas reflexões sobre a imagem que evoca um grupo de muitas coisas vistas de maneira conjunta. A pergunta é o mote: “*Com quantas árvores se faz uma selva?*” E de quantas casas precisamos para ter uma cidade? Observa-se que as árvores não nos permitem ver o bosque, num sentido em que a cidade e a selva seriam duas coisas profundas (essencialmente), mas a profundidade estaria fatalmente condenada a converter-se em superfície, se quiser se manifestar.⁹⁶

Está a falar, por evidente, sobre uma “totalidade do conhecimento”, de que se compõe um tal “bosque”, e este seria “uma natureza invisível”, conservando, por isso mesmo, um halo de certo mistério em todos os idiomas, e mesmo que se buscassem caminhos, “vagas veredas” por onde se cruzam com os melros, as árvores são substituídas por outras, análogas, num processo – chamemos assim – no qual o bosque vai sendo decomposto, perdendo-se por uma série de trechos visíveis e sucessivos, mas não será encontrado onde está o caminhante, eis que o bosque foge aos olhos.⁹⁷

A imagem seguinte vivifica essa impressão. E isto porque ao se chegar a uma dessas clareiras no bosque, para o autor, parece que ali haveria “*um homem sentado sobre uma*

⁹⁶ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*, p. 67.

⁹⁷ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*, p. 67.

pedra”, com os cotovelos apoiados nos joelhos e com as mãos ao rosto, e que “precisamente quando chegávamos” ele se levanta e vai embora, provocando a suspeita de que um tal homem, em breve movimento, teria ido se colocar na mesmíssima posição longe do observador no bosque, e que se este cedesse ao desejo de “surpreendê-lo”, quedado por tal poder de atração “que exerce o centro do bosque sobre quem o penetra”, é possível que a cena se repita “indefinidamente”.⁹⁸

A permanente sensação de procurar pelo “bosque” e se deparar sempre com “pegadas ainda frescas”, faz recordar os antigos, que costumavam projetar em formas vivas e corpóreas “as silhuetas de suas emoções”, povoando as selvas com ninfas fugidias, e à medida que caminhavam, miravam rapidamente para as clareiras, e, viam um “tremor no ar”, de maneira a preencher o vazio deixado pela fuga de “um ligeiro corpo nu”.⁹⁹

O bosque é uma possibilidade, visto a partir de quaisquer de seus vários pontos. É a soma de possíveis atos, atos estes que se forem – por acaso realizados, levariam a perda de seus valores genuínos, e o que dele se coloca perante nós é apenas um pretexto para que o restante permaneça distante e oculto.¹⁰⁰

Neste sentido, o conhecimento sobre a Constituição e todas as matérias que poderiam compor um sistema de precedentes e as várias racionalidades político-jurídico-sócio-ideológicas, os juízes e os vários tribunais e intérpretes formam também um bosque, com as mesmas atrações, desafios e enlevos descritos por José Ortega y Gasset, e, quer nos parecer que tal se aplique a todos os demais fragmentos que compõe a sua “teoria da realidade e do conhecimento”, não havendo bota ortopédica¹⁰¹ que modele os passos, a direção e o sentido daquele que penetra o bosque, exceto a filosofia.

⁹⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 68.

⁹⁹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 68.

¹⁰⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 68.

¹⁰¹ Não se olvida que para Ortega y Gasset, “*a filosofia é a ortopedia da crença fraturada*”, que potencializa os contornos da reflexão: “*La curiosidad, viene a decir, no es a la filosofía como el agua al sediento, sino como el agua al hidrópico. Filósofo sólo puede ser quien no cree o cree que no cree, y por eso necesita absolutamente agenciarse algo así como una creencia. La filosofía es ortopedia de la creencia fracturada*”. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José. *La Idea de Principio en Leibniz y la Evolucion de la Teoria Deductiva*. Em: **Obras completas**, vol. VIII. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983.

2.2 Profundidade e superfície

Retomemos o fio da meada a partir do fragmento anterior: mas há uma constatação sobre a repetição da frase “as árvores não deixam ver o bosque” que possivelmente não permita a compreensão de seu significado, e é também possível que a “volta” sugerida se volte, com todo o seu veneno, contra quem a pronuncia. Se as árvores não permitem visualizar o bosque, é exatamente por este motivo que ele, o bosque, existe, pois, “*a missão das árvores patentes é fazer latentes as demais*”, vale dizer, é apenas quando nos apercebemos de maneira clara que a paisagem que está visível tem o papel exclusivo de “ocultar” outras paisagens – invisíveis –, e é só então que nos sentimos dentro do bosque.¹⁰²

Contudo, tal ato de “invisibilidade” (estar oculto) não é um atributo simplesmente negativo. Antes, trata-se de uma qualidade positiva que ao se derramar sobre alguma coisa, acaba por transformá-la, fazendo dela uma nova coisa, o que torna absurdo pretender “ver o bosque”, eis que este é “latente enquanto tal”, sendo esta uma excelente lição para todos aqueles que não visualizam a multiplicidade dos destinos, “igualmente respeitáveis e necessários, que o mundo contém”.¹⁰³

Conforme a narrativa do autor, algumas pessoas se negam a reconhecer a profundidade de alguma coisa, pois exigiriam do profundo uma manifestação como a do chamado “superficial”, recusando-se a aceitar o fato de que existem variados tipos de claridade, atentando-se de maneira exclusiva para “a peculiar claridade das superfícies”, olvidando que é um traço essencial ao profundo o ato de ocultar-se “atrás da superfície e apresentar-se” somente por meio dela.¹⁰⁴ E conclui:

Desconhecer que cada coisa tem sua própria condição e não a que queremos exigir-lhe, é a meu ver, o autêntico pecado capital, que chamo de pecado cordial, por originar-se na falta de amor. Nada tão ilícito como apequenar o mundo com nossas manias e cegueiras, diminuir a realidade, suprimir imaginariamente porções desta.¹⁰⁵

¹⁰² ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 69.

¹⁰³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 69.

¹⁰⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 70.

¹⁰⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 70.

Tal “apequenamento” ocorre quando se exige ao profundo que se apresente da mesma maneira que o superficial, o que não é possível, pois existem coisas que exibem de si mesmas apenas o que se mostra estritamente necessário com vistas a advertir-nos que elas estão ocultas, por detrás do visível.

Esta relação de aparência e latência, descrita pelo autor, pode ser percebida pela metáfora, ora cunhada, de que a racionalidade acadêmica, dos dias em que se pretende uma “metodologia totalitária” e “exclusiva”, bem como a racionalidade judicial, estão para seus nichos de poder (acadêmico ou judiciário) como o calor latente dos corpos dos amantes apaixonados está para quem tenta os observar.

Algo é latente, e algo é aparente, sendo inegável a relação de superficialidade e de profundidade descrita por José Ortega y Gasset, também neste contexto, para quem seria um pecado capital (ou cordial) discussões sobre parágrafos descritivos e argumentativos (citações diretas ou paráfrases), de maneira tal ou qual, “obrigatória” e “exclusiva”, na ilicitude de apequenar o mundo através de manias e cegueiras para diminuir a realidade e suprimir imaginariamente partes dela, além de homiziar a metáfora da “fórmula pizza” para o pesquisador das ciências sociais, conforme Howard Becker.¹⁰⁶

2.3 Arroios e verdilhões

Neste ponto da reflexão, José Ortega y Gasset observa que o pensamento se torna um “fauno dialético” que persegue a essência do bosque como a uma ninfa fugidia, com o

¹⁰⁶ São observações do cientista social Howard Becker: “Cada maneira de se descrever algo é perfeita...para alguma coisa. Então a questão que cada um deve responder sozinho é se esta maneira de descrever alguma coisa é perfeita para algo que eu queira fazer? Se você me mostrar uma tabela que diga que 'dentro de um grupo de pessoas, 62% acreditam nisso, e 38% acreditam naquilo', isso seria bom o suficiente para aquilo que eu quero utilizar? Há centenas de situações onde não serão úteis. É aí que reside o desacordo, e não sobre o método, mas sobre o que queremos fazer, o que queremos alcançar com esse resultado. Se você me disser 'Eu descobri uma maneira perfeita de fazer uma pizza', eu posso dizer: 'Ok, mas eu não quero fazer pizza, não é algo do meu interesse. Não me ajuda'. Então, quando as pessoas dizem 'você precisa fazer desta forma', geralmente o que querem dizer é que isso é perfeito para o que eles querem fazer, ou que eu deveria querer aquilo também, e se eu não quiser serei uma pessoa má. Bem, é aí que as pessoas xingam umas às outras. Isso não é um argumento científico. A ciência acontece, conforme observa Thomas Kuhn e Bruno Latour, e falando de forma geral, todos sabem disso, que a ciência acontece quando várias pessoas ficam interessadas em certas questões e usam mais ou menos as mesmas formas para encontrar as respostas. E quando propoem uma resposta, outras pessoas dirão: 'Essa é uma resposta incrível. Obrigado'. Mas outras pessoas dirão: 'Eu não acredito em você, pois você não tomou cuidado para evitar este ou aquele problema'. E este é o trabalho do cientista, se livrar dos problemas que as pessoas propõe para você como sérias complicações sobre aquilo que você quer falar”. Cfr. BECKER, Howard. **Entrevista Concedida ao prof. João Manfio**, do Núcleo de Estudos de Sociologia Contemporânea (NESC) da UNISOCIESC, Joinville, realizada em São Francisco, CA, na data de 19 de março de 2014, [vídeo], 30:00-35:32. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=juGrFtWlAUs>>, acesso em: 23.10.2015.

pensamento fruindo em semelhança ao sentimento de amor “ao palpar o corpo desnudo de uma ideia”, vale dizer, quando se reconhece no bosque sua natureza fugaz, que será sempre ausência, pois sempre oculta um grupo de possibilidades, de modo que não possuiríamos de forma integral a “ideia do bosque”.¹⁰⁷

O autor prossegue observando que, se de fato o profundo e o latente existem para nós, seria natural que se apresentassem para nós de tal forma que não se perca a qualidade de profunda e latente, pois a profundidade padeceria de um destino inescapável, qual seja, o de se manifestar com silhueta de superficialidade. E a maneira de demonstrar essa questão é através da seguinte imagem, atrelada ao bosque e a quem nele penetra:

Estas águas que correm a meus pés soltam um brando queixume ao tropeçarem com os seixos e formam um curvo braço de cristal que cinge a raiz deste carvalho. No carvalho entrou neste momento um verdilhão, como num palácio, a filha do rei. O verdilhão faz ouvir um grito denso, tão musical que parece uma centelha arrancada ao canto do rouxinol, um som breve e súbito que, num instante, invade por completo o volume perceptível do bosque. Da mesma maneira ocupa subitamente o volume de nossa consciência um latejo de dor.¹⁰⁸

Este é o mote para que o autor observe que estes dois sons (do verdilhão e da dor que ele provoca na consciência), embora estes sons não estejam sozinhos, pois representam, na narrativa trilhada, pontos de sonoridade ou linhas que se destacam pela “genuína plenitude”, e também por seu peculiar “brilho sobre a multidão” de outros sons e rumores “com eles entretecidos”, e:

Se do canto do verdilhão pousado sobre minha cabeça e do som das águas que fluem a meus pés, resvalo a atenção para outras sonoridades, encontro de novo o canto do verdilhão e o rumorejar das águas infatigáveis em seu áspero leito. Mas que acontece a estes novos sons?

Sem vacilar, reconheço num deles o canto do verdilhão, mais falta de brilho e intensidade; não fere o ar sua punhalada sonora com a mesma energia,

¹⁰⁷ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 72.

¹⁰⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 72.

não invade o espaço como fazia há pouco, mas desliza sub-reptícia e medrosamente. Reconheço, também, o canto do arroio; mas dá pena ouvi-lo. Será um arroio valetudinário? Trata-se de som como o de há pouco, mas soluçante, menos rico de vibrações, apagado e indistinto; às vezes, sem força para atingir-me o ouvido; pobre e débil rumor desfalecido a caminho¹⁰⁹

Tal narrativa serve também, além de ilustrar um pensamento, para que o autor observe que a distância seria uma qualidade virtual de algumas coisas presentes, qualidade esta que somente adquire em razão de um ato do intérprete, pois é possível separar mentalmente os dois sons descritos na narrativa, para melhor apreciar a suas qualidades sonoras, e tal raciocínio também se aplica “para a distância visual das árvores, sobre as veredas que avançam buscando o coração do bosque”.¹¹⁰

E isto porque, tal profundidade do “longe” só existe por causa da colaboração do intérprete, nascendo “de uma estrutura de relações interposta” pela sua mente entre “umas e outras sensações”, havendo então toda uma parte da realidade” que se oferece ao intérprete sem muita dificuldade, ou esforço de “abrir os olhos e ouvidos”, chamado de “o mundo das puras impressões”, ou “mundo patente”. Contudo, há também um “transmundo”, constituído por “estruturas de impressões”, e se este é latente em relação ao primeiro, não deixa de ser real, como aquele, e para que este possa existir, torna-se necessário abrir mais do que somente os olhos.¹¹¹

Esta narrativa sonora, que prossegue complementada no próximo item, serve de imagem e representação para o labor acadêmico, as impressões e as intuições que são transformadas em testes de hipóteses e de soluções já propostas, em que é possível separar mentalmente categorias patentes e latentes, estas últimas, como algo que se busque “desvelar”, “descobrir” ou simplesmente testar, sem que exista um mapa ou bússolas

¹⁰⁹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 72.

¹¹⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 74.

¹¹¹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 74.

obrigatórios, ou gesso ortopédico¹¹² que estabeleça amarras ao ato de conhecer (de pensar, se aproximar).

2.4 Transmundos

O bosque, para o autor, quase que possui vida própria, pois propicia ensinamentos, além de ser “velho”, como sugere que devam ser os mestres, com serenidade e multiplicidade, sendo também praticante da chamada “pedagogia da alusão”, que seria a “única pedagogia delicada e profunda”, vale dizer, se alguém quiser ensinar uma verdade, não deve dizê-la, bastando aludir a ela com “gesto breve”, iniciando no ar com uma “trajetória ideal”, com vistas a proporcionar que aqueles que observam cheguem eles mesmos “aos pés da nova verdade”. Neste plano, quando estas verdades são “aprendidas”, passam a adquirir o que chama de “crosta utilitária, passando a interessar apenas como “receitas úteis”, e não mais como verdades.¹¹³

O nome grego desta verdade, *alétheia* “significando originalmente o mesmo que depois a palavra apocalipse” – como descoberta, revelação, e esta pura iluminação caracteriza-se somente e no instante da descoberta. O bosque ensina que há um primeiro plano de realidades, que se impõe violentamente ao intérprete através das “cores, dos sons, do prazer e da dor sensível”, trazendo uma situação de passividade, e por detrás destas realidades aparecem “outras realidades”, na imagem metafórica cunhada pelo autor: “como numa serra os perfis das montanhas mais altas, ao chegarmos aos primeiros contrafortes”.¹¹⁴

Sobrepostos, existem estes planos de realidade “cada vez mais profundos” à espera de que lhes percorramos as encostas, embora tais realidade superiores sejam mais recatadas, impondo uma condição para que deixem de ser latentes e passem a ser patentes: que sua existência seja por nós desejada, aliado ao requisito de que avancemos em sua direção esforçadamente, de certo modo, dependentes de nossa vontade. Exemplifica-se: “A ciência, a arte, a justiça, a cortesia, a religião, são órbitas de realidade que não invadem barbaramente

¹¹² Confira-se o comentário realizado no item 2.1, relacionado à concepção filosófica de ortopedia de Ortega y Gasset.

¹¹³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 75.

¹¹⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 75.

nossas pessoas, como a fome ou o frio”, existentes apenas para quem as quer e deseja.¹¹⁵

Prossegue:

Quando o homem de muita fé diz ver Deus na campina florida e na face côncava da noite, não se expressa mais metaforicamente do que se dissesse ver uma laranja. Não houvesse mais que um ver passivo e o mundo ficaria reduzido a um caos de pontos luminosos.

Há, no entanto, sobre o ver passivo, um ver ativo, que interpreta vendo e vê interpretando; um ver que é enxergar. Platão soube achar, para estas visões que são enxergar, uma palavra divina: chamou-as ideias.

Pois bem, a terceira dimensão da laranja não é mais que uma ideia, e Deus é a última dimensão da campina. Não vai nisto dose maior de misticismo que quando dizemos estar vendo uma cor desbotada. Que cor vemos quando vemos uma cor desbotada?

O azul que temos à frente vemo-lo como tendo sido outro azul mais intenso e este enxergar a cor atual com a passada, através da que foi, é uma visão ativa que não existe para um espelho, é uma ideia.¹¹⁶

Com efeito, a decadência (ou esvaecimento) de uma cor seria uma qualidade virtual e nova, que impinge “profundidade temporal”, e a dimensão de profundidades (temporal ou espacial, visual ou auditiva) sempre aparece de forma superficial, e esta superfície seria dotada de dois valores.¹¹⁷ Da mesma forma, míope seria a visão de que a pesquisa acadêmica só possui uma cor, uma tonalidade e um valor.

2.5 Restauração e erudição

Ponto culminante, de um percurso de culminância, pois nesta parte o autor está – segundo diz, com um livro em suas mãos: trata-se do D. Quixote, considerado por ele: “A selva ideal”, mais um caso de profundidade, de “livro máximo”, um livro “escorço por excelência”, retomando o final da última narrativa, pois o escorço seria aquilo que se dilata

¹¹⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 76.

¹¹⁶ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 76.

¹¹⁷ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 76.

em profundidade – órgão da profundidade visual – vale dizer: “em que a simples visão funde-se num ato puramente intelectual”. Ou em termos de erudição – e provocação intelectual:

Sem dúvida que a profundidade do Quixote, como toda profundidade, dista muito de ser palmar. Do mesmo modo que há um ver que é enxergar, há um ler que é *intelligere* ou ler dentro, um ler pensativo. Só para esse se revela o sentido profundo do Quixote. Talvez que, numa hora de sinceridade, tivessem coincido todos os homens representativos da Restauração em definir o pensar com palavras: pensar é procurar três pernas no gato.¹¹⁸

Assim, pensar academicamente também invoca este ato de procurar, e se aqueles que acham ou postulam uma única maneira de caminhar, - permita-nos o uso argumentativo do autor das meditações -, se aqueles “anti-descritivistas” tapassem um dos olhos, amputassem uma das pernas, e alguém lhes dissesse para narrar sua situação, eles não conseguiriam descrever o gato sem uma das pernas.

2.6 Cultura mediterrânea

Paisagens de ideias, possuidoras de “claros e irradiantes perfis” são retratados com densidade pelo filósofo Ortega y Gasset. Adverte-nos sobre a possibilidade de que algum navegante pode ser acometido de “náusea intelectual” ao transitar por aquelas paisagens, pois poderia haver a presença de fusão de conceitos, em confusa fumaça turva de névoa – “muda e opressiva”, embora não sejam ligados a determinada linha ou local de pensamento: nem há uma tal claridade latina e nem uma névoa germânica, pois haveria, antes, engano interessado, devendo ficar claro – adverte corajosamente o filósofo, que “o latinismo é um aqueduto genealógico que estendemos entre nossas veias e os rins de Zeus”.¹¹⁹

Não existem escolas de pensamento acadêmico que sejam mais claras ou melhores que as outras, e há a repetição do mesmo “engano interessado”, embora haja no pensamento do filósofo uma vasta distância entre Grécia e Roma, e também relação de cópia das tradições

¹¹⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 82.

¹¹⁹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 85.

culturais, mas não deveriam ser colocados na mesma sacola de presentes culturais, pois a primeira (Grécia) seria de fato a “*hors ligne*” na história mundial, enquanto Roma não está no mesmo patamar, e na verdade jamais a compreendeu: “somente Ihe cabia o Direito e agora revela-se que também o Direito aprendeu-o da Grécia”.¹²⁰

Neste caminhar reflexivo, há crítica a cópia com pretensão de apropriação e de maior clareza de pensamento. Não podemos olhar para centro da Europa com lápis e caderno nas mãos, e pensamento de copidesque que revise tudo sob paradigma eurocêntrico, pois a rigor, aqueles são medíocres copistas dos gregos. Mais uma vez: descrever, argumentar, sentar e chorar são temas que se imbricam, mas não há relação de obrigatoriedade, pois assim como Roma não seria mais do que um “povo mediterrâneo”, substituindo o conceito de “cultura latina” (pois haveria uma cultura mediterrânea).¹²¹

2.7 O que disse a Goethe um capitão

Como decorrência do fragmento anterior, ao referir uma cultura específica, isso não nos autorizaria “deixar de pensar o sujeito que a produziu”, e que embora a diversidade de genialidades culturais possa supor diferença fisiológica, e – nota o filósofo –, seria bom também observar que se uma coisa conduz à outra, são a rigor coisas muito diferentes: “estabelecer tipos específicos de produtos históricos – tipos de ciência, arte, costumes, etc. – e a de buscar em seguida, para cada um desses tipos o esquema anatômico ou biológico que lhe corresponde”.¹²² A constatação aconselha ainda:

Faltam-nos hoje, por completo, os meios para fixar relações de causa e efeito entre raças como constituições orgânicas e as raças como maneiras de ser históricas, como tendências intelectuais, emotivas, artísticas, jurídicas, etc.¹²³

Devemos nos contentar – e não seria pouco, com a “operação meramente descritiva de classificar os fatos ou produtos históricos segundo o estilo ou marca genérica neles

¹²⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 85.

¹²¹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 87.

¹²² ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 88.

¹²³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 88.

manifesto”, numa perspectiva em que não haveria – retoma-se o argumento: uma clareza latina absoluta, em detrimento de uma turva obscurantista germânica: cada plano, ou orde de realidades tem sua clareza patrimonial”, pois há infiltração de sangue germânico na França, na Itália e na Espanha, impedindo fala segura e pretensamente distintiva sobre latinos ou mediterrâneos. Há, na realidade, raças impuras (por essência).¹²⁴

Vale dizer: “não se busque, pois, no pensar, a clareza latina, como não se chame de clareza a essa vulgar prolixidade do estilo francês, a essa arte do *developpement* ensinada nos lineus”, sendo um belo exemplo da distinção sobre pensamento a referência o conselho – chamemos assim - recebido por Goethe:

Quando Goethe baixou à Itália fez algumas etapas da viagem em companhia de um capitão italiano. ‘Este capitão – diz Goethe – é um verdadeiro representante de muitos compatriotas seus. Eis um traço que o caracteriza plenamente. – Como eu, amiúde, permanecia silencioso e meditabundo, disse-me uma vez: ‘*che pensa! Non deve mais pensar l’uomo, pensando s’invecchia! Non deve fermarsi l’uomo in una sola cosa perché allora divien matto: bisogna aver mille cose, una confusione nella testa*’.¹²⁵

A confusão na cabeça – referida – é contingencial, e inerente ao ato que se destina o pensamento, e lida com conceitos confusos, como confuso é o mundo em que vivemos. A clareza se relaciona a quem articula pensamentos, concretamente, como observa o filósofo, para quem Leibniz, Kant ou Hegel seriam difíceis, mas claros como as manhãs de primavera, enquanto Giordano Bruno e Descartes “talvez não sejam (tão) difíceis, mas “em troca” seriam bastante confusos.¹²⁶

Linhas de força e campos ilusórios nutrem especificidades acadêmicas pretensiosas de uma “quase-compulsão” por apontar caminhos obrigatórios, qual arautos de um saber datado, embora repristinado como a nova novidade (sem perceber a tautologia desta última parte, de um novo que se apresenta renovado, o que é uma contradição lógica, pois só pode

¹²⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 89.

¹²⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 90.

¹²⁶ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 89.

ser um novo velho, ou uma envelhecida novidade). Mais vale o livre pensar que o repetir sem imaginar.

2.8 A pantera ou do sensualismo

Afirma-se relação de realidade e de aparência desta realidade, quando a fera ou pantera é retratada como “a realidade” que cai sobre nós – violentamente, como num sugestionado ataque sofrido por ela – “pantera-realidade”, e a “idealidade”, ao contrário, entrega-se apenas ao nosso ato esforçado: corremos perigo – afirma o filósofo, de que “essa invasão do externo nos desaloje de nós mesmos”, esvaziando nossa intimidade até que: “despojados dela [intimidade] fiquemos transformados em postigos do caminho real por onde vai e vem o tropel das coisas”.¹²⁷

Haveria ainda relação de traição entre o domínio dos sentidos e uma “falta de potências interiores”, associada a indagação sobre qual seria a diferença entre a meditação e a contemplação que assiste de olhos abertos. Responde Ortega y Gasset: “apenas ferida a retina pela seta forasteira, a ela ocorre nossa íntima, pessoal energia, e retém a irrupção. A impressão é filiada, submetida à civilidade, pensada – e deste modo” cooperaria no chamado “edifício de nossa personalidade”.¹²⁸

O ataque que fazem os defensores de uma realidade acadêmica única, são emulações desta própria realidade, embora falsificações e embustes perceptíveis, pois panteras possuem odor, ruído e imagem característicos, com ataques dificilmente previsíveis nos termos aludidos pelo filósofo, e os imitadores de pantera forjam seu próprio tropel, não percebendo que eles mesmos é que são transformados em despojos na tentativa que realizam.

2.9 As coisas e seu sentido

Permanentemente invocada a pendência entre clareza latina e névoa germânica, assenta-se, segundo o filósofo, em duas espécies de homens: os sensuais e os meditativos.

¹²⁷ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 95.

¹²⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 95.

Estes vivem uma dimensão relativa à profundidade, enquanto aqueles primeiros têm no mundo uma reverberante superfície, na qual seu reino seria a esplendorosa face do universo. Seus órgãos são bastante diversos. Enquanto a retina, o paladar e os dedos pertencem ao sensual, o meditador “possui o órgão do conceito”, e este é “o órgão normal da profundidade”. Dois casos particulares da profundidade – temporal (passado) e espacial (distância), e há especial relação entre tal articulação e o “sentido de sentido”.¹²⁹

A forma suprema de coexistência de uma coisa com as demais coisas reside no sentido da coisa: o sentido é sua profundidade em dimensão. Não basta materialidade, é preciso o sentido, vale dizer, “a sombra mística que sobre ela verte o resto do universo”. Fazer de cada coisa o centro virtual do mundo significa perguntar pelo sentido das coisas, adverte-nos Ortega y Gasset. Tal percepção está ligado ao sentimento de amor pelo outro, vinculado ao “eros” de Platão: força unitiva – paixão da síntese, numa observação de que “a filosofia que busca o sentido das coisas vai conduzida por eros”, sendo que o exercício erótico é ato de meditação (e o conceito, o rito do amor).¹³⁰

Contudo, o que existe entre as coisas é o conteúdo de seu conceito, e entre as coisas estabelecem-se os seus limites, mas estes não se encontram nele mesmo, uma vez que – como afirma o filósofo, “se existisse só um objeto – isolado e solitário”, ele seria “ilimitado, pois ele acaba onde o outro começa, mas o limite de uma coisa não reside na outra coisa, pois a outra coisa precisa ser limitada pela primeira, e a pergunta estabelecida procura pelos limites: onde estariam eles? Baseando sua reflexão em Hegel, alega que “onde está o limite de uma coisa ali não está esta coisa”, razão pela qual tais limites seriam como “novas coisas” virtuais, interpostas e intercaladas entre as coisas mesmas (materiais). São:

Naturezas esquemáticas cuja missão consiste em marcar os confins dos seres, aproximá-los para que convivam e, ao mesmo tempo distanciá-los para que não se confundam e aniquilem. É isto o conceito: nem mais nem menos. Graças a ele, as coisas se respeitam mutuamente e podem unir-se sem se invadirem umas às outras.¹³¹

¹²⁹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 98.

¹³⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 98.

¹³¹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 99.

Ponto cardeal esta reflexão para o que se pretende com esta pesquisa: desvendar os conceitos e limites da *ratio decidendi* do STF em determinado caso específico, análise por amostragem, ao tempo em que se realiza tal empreitada através da análise argumentativa das decisões judiciais, e por meio da filosofia analítica do precedente e da *ratio decidendi* de Pierluigi Chiassoni. Mas um item – ou vários itens - da pesquisa não pode ser limitado por ela mesma, e nem por elementos externos a ela, com a insistência que vimos fazendo sobre a brutalidade consistente em alegações de que não cabe descrição, mas apenas argumentação. Esta barafunda conceitual não resiste a 5 minutos de filosofia (com nenhum filósofo que se prese digno desse nome).

2.10 O conceito

O conceito é extremamente importante, inclusive como urgência nacional – não apenas para a pátria do filósofo – mas pensamos, também para nossa pátria. O conceito duplica espectralmente a coisa – e a invocação metafórica invoca o “duplo” dos egípcios. O conceito nos permite saber onde começa e termina uma coisa: o conceito interliga as coisas, afixando-as e mesmo as aprisionando, e novamente se invoca Platão, para quem as impressões seriam fugidias se não as amarrarmos com as cordas da razão – como “as estátuas de Demétrios fugiriam dos jardins durante a noite se não estivessem atadas.”¹³²

No entanto, e muito embora a reflexão anterior, é certo que há uma nova advertência quanto a relação entre conceitos e impressões reais dos conceitos:

Jamais nos proporcionará o conceito o que nos fornece a impressão, a saber – a carne das coisas. Mas isto não obedece a nenhuma insuficiência do conceito e sim a que o conceito não pretende desempenhar este papel. Jamais nos dará a impressão o que nos dá o conceito, a saber – a forma, o sentido físico e moral das coisas. Se devolvermos à palavra percepção seu valor etimológico – alusivo a colher, apresar – o conceito será o verdadeiro instrumento ou órgão da percepção e apresamento das coisas.¹³³

¹³² ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*, p. 101.

¹³³ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*, p. 101.

Assim, ao buscarmos o conceito de razões de decidir no STF, através do magistério da filosofia analítica de Pierluigi Chiassoni, não buscamos – e nem poderia ser o caso – a obtenção das decisões do Supremo em sua pureza substantiva, mas apenas a impressão destas coisas chamadas decisões judiciais, precedentes e razões de decidir. E ao percebe-las, no ato da pesquisa, um “tapa-olhos” e um papagaio de piratas podem até nos dar a impressão de navegação profunda, em alto mar, mas não faz de corsários piratas, e nem destes navegadores despreziosos, pelo simples implante de uma perna de pau.

2.11 Cultura. – Segurança

Este fragmento inicia-se de maneira contundente: “só quando algo foi pensado, cai sob nosso poder”, e prossegue: “só depois de dominadas as coisas elementares podemos adiantar-nos para as mais complexas”. Tal reflexão – e sua retomada – importam de perto para a análise e cultura filosófica do precedente:

Todo progresso do domínio e aumento dos territórios morais supõe a tranquila, definitiva posse de outros onde nos apoiemos. Se nada está seguro sob nossos pés, fracassarão todas as conquistas superiores.

Por isso é que uma cultura impressionista está condenada a não progredir. Viverá de modo descontínuo, poderá oferecer grandes figuras e obras isoladas ao longo do tempo, mas todas elas reduzidas ao mesmo plano. Cada impressionista genial volta a tomar o mundo do nada, não a partir de onde o abandonou outro genial antecessor.¹³⁴

Nada poderia ser mais espelhado a filosofia do precedente do que esta reflexão de continuação, que se insere em edifício já construído até aqui nesta jornada de conhecimento que se constitui e se expressa através desta teoria da realidade e do conhecimento. Fala-se,

¹³⁴ A reflexão de Ortega y Gasset se baseia na genialidade de Goya, e a qual nos serve de inspiração para a tomada do pensamento para a filosofia do precedente: “Cada impressionista genial volta a tomar o mundo do nada, não a partir de onde o abandonou outro genial antecessor. Não é esta a história da cultura espanhola? Todo gênio espanhol começa do cáos, como se nada tivesse existido antes dele. É inegável que a isto se deve o caráter rude, primitivo, áspero, de nossos grandes artistas e homens de ação. Seria incompreensão desdenhar esta virtude, como seria néscio acreditar na sua suficiência. Nossos grandes homens caracterizaram-se por uma psicologia adâmica. Goya é um Adão – um primeiro homem. O espírito de seus quadros – trocando a indumentária e o que há de mais externo na técnica, seria transferível ao século X depois de Cristo, e mesmo ao século X antes de Cristo. Encerrado na caverna de Altamira, Goya teria sido o pintor dos uros ou touros selvagens. Homem sem idade nem história, Goya representa – talvez como toda a Espanha – uma forma paradoxal de cultura”. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 103.

neste momento, numa “psicologia adâmica”, em que tudo inicia-se a cada momento. Podemos falar mesmo de um “Precedente Adâmico”, quando surge o início da jornada, numa imagem que se “complexifica” quando pensamos em um renascer permanente de “Adãos decisórios”: quando o mundo se inicia a cada nova decisão: sem idade nem história.

E como a reflexão radica na arte, não é possível fugir à tentação de falar sobre uma espécie de “precedente na era de sua reprodutibilidade técnica”, baseado, igualmente nas reflexões de Walter Benjamin sobre “a obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica”¹³⁵, que em um primeiro momento traduz a noção do poder que transita do absolutismo, passa para as noções posteriores, até culminar na imposição decisória judicial (e porque não?¹³⁶) sobre as questões que aquele mesmo Walter Benjamin refletira: substituição da valoração do culto (*Kultwert*) pela valoração da exposição (*Ausstellungswert*).¹³⁷

Neste sentido, também como base em Walter Benjamin, para observar que, assim como toda obra de arte possui certa “aura” que expressa sua “singularidade”, também as decisões das Cortes Constitucionais e Supremas, em seus “precedentes”, seriam mais bem percebidos por uma comunidade menor e que não estivesse permeada por diferentes formações culturais, mas que perde a “aura” quando as características originárias passam a se diluir mediante novos meios (usaríamos aqui a expressão “agentes de reprodutibilidade”),

¹³⁵ BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de Sua Reprodutibilidade Técnica. Em: BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política. Obras Escolhidas I**. Trad. Rouanet S. São Paulo: Brasiliense, 1980.

¹³⁶ Conforme J.J. Calmon de Passos, pouco importa a fundamentação que o poderoso utilize para legitimar seu poder de coerção, pois o fundamento não operará sem a intermediação do dizer de homens com poder de decidir, vale dizer, se basear seu agir num “fundamento absoluto” – prévio e com matriz divina, esse tal absoluto (conhecido e localizado nas monarquias absolutistas) não se revela a todos os homens – do mesmo modo e com a mesma carga de intensidade, exigindo (sempre) homens dotados da especial faculdade de serem os intermediários do absoluto divino. Por outro lado, se deslocarmos esse absoluto divino para a “razão humana”, esta “razão transcendental” carecerá do poder de se revelar igual para todos os homens, e de se impor a estes, também se reproduzindo a ideia de necessários homens dotados da “especial faculdade de serem os porta-vozes do absoluto transcendental”, e nada muda, igualmente, se transportarmos a matriz legitimadora do Direito para a Constituição, pois “ela não é mais do que o dizer de alguns homens num determinado momento histórico com pretensão de eficácia fundamentadora e permanente institucionalização, não diferindo a permanência da exigência de homens dotados da “especial faculdade de serem os porta-vozes do Absoluto-Constitucional”, com uma advertência observatório que vale para os três tipos de absoluto (Divino, Razão e Constituição): se tais intermediários não dispuserem de poder político, sem instituições aptas a impor aos não privilegiados o “querer” (da Divindade, da Razão ou da Constituição), eles apenas estarão “pregando no deserto e senão dispuserem de poder deslegitimador contra a resistência a suas decisões, terão decidido em vão”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 47.

¹³⁷ ABREU, Fabrícia de Castro. Sobre o ensaio “A obra de Arte na era de sua reprodutibilidade técnica”. **Cadernos Walter Benjamin n. 12**. ANPOF, 2014.

sobretudo se o mundo inicia-se novamente, e sempre, a cada nova decisão, a partir da noção de “Precedente Adâmico”, espalhados para o grande público através da mídia, sites de internet e mesmo a TV e a Rádio Justiça.

Intrincadas tramas de fios tecidos com esta perspectiva merecem a atenção da pesquisa, que iluminará um, entre tantos pontos existentes, produzindo o reflexo de um mosaico heterogêneo, para remontarmos a imagem de Jefferson Carús Guedes sobre a questão dos precedentes nativos, e que será novamente retomado mais à frente.

2.12 A luz como imperativo

Nesta parte da jornada, o filósofo observa sobre duas formas de clareza, como uma agulha de crochê, que trança o ponto, e volta em cruz ligando o início e o ponto atual, referindo que podemos tratar da clareza da superfície e a clareza do que é profundo, refletindo clareza de impressão e clareza de meditação, mas é preciso reconhecer a preeminência de uma clareza sobre a outra – como em hierarquia, eis que clareza “significa tranquila posse espiritual, domínio suficiente de nossa consciência sobre as imagens”, como um “não padecer inquietude ante a ameaça de que nos fuja o objeto apresado”.¹³⁸

Tal clareza é possível graças ao conceito (relacionada ao termo segurança), tendo em vista ainda o fato de que “todo labor de cultura é uma interpretação” (ligado a explicação, esclarecimento e exegese da vida, e esta – a vida – é um “texto eterno”, e a cultura (no sentido de arte, ciência ou política) seria o contrário: “aquele modo de vida no qual, refratada dentro de si mesma, adquire polimento e ordem”:

Por isso não pode nunca a obra de cultura conservar o caráter problemático ligado a tudo o que é simplesmente vital. Para dominar a indócil torrente da vida medita o sábio, estremece o poeta e levanta a barbacã de sua vontade o herói político! Estranho seria que o produto de todos estes cuidados não levasse senão a duplicar o problema do universo!

Clareza, neste sentido, não seria a vida, mas a “plenitude de vida”, mas como conquistar isso sem ajuda do conceito, indaga o filósofo espanhol e do universo, com a pronta

¹³⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 106.

resposta: “Clareza dentro da vida, luz derramada sobre as coisas é o conceito. Nada mais. Nada menos”, e a influência Platônica se faz sentir, no diálogo de Teeteto, quando se afirma que não enxergamos com os olhos, mas antes, e melhor dizendo, através ou por meio deles, pois “enxergamos com os conceitos”, uma vez que para Platão ideia significa “Ponto de vista”.¹³⁹

Neste aspecto, precedentes e *ratio decidendi* também são pontos de vista, ideias expressadas por alguém que interpretou, viu e enxergou a sistemática do agir decisório, em que – ainda segundo Ortega y Gasset, frente aos problemas da vida, “a cultura representa os tesouros dos princípios”, numa dinâmica em que se pode disputar quais seriam os “princípios aplicáveis para a solução de um problema, mas sejam quais forem, “terão de ser princípios”, e para uma coisa iniciar sendo princípio, deve começar por não ser um problema.¹⁴⁰ Decidir por princípio, e não por política. Aqui está uma reflexão possível se desdobrarmos o argumento com o molho doutrinário de Ronald Dworkin¹⁴¹ e de Lenio Streck¹⁴². Clareza das ideias, dos conceitos, dos pontos de vista e dos princípios, são valiosas lições.

2.13 Integração

Chega-se ao postulado da integração, relativo ao jogar luz, mas não apenas. Menciona-se a funcionalidade da chave de interpretação: O estilo que não encerre a chave de si mesmo, e que consista na simples reação de uma isolada parte da vida – chamada de coração individual – ao restante dela, será uma mera produtora de equívocos: “todo grande

¹³⁹ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 108.

¹⁴⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 108-109.

¹⁴¹ A abordagem de Ronald Dworkin encontra-se em suas várias obras, “Filosofia do Direito” (a qual organiza e escreve um capítulo), “Uma Questão de Princípio”, “Levando os Direitos à Sério”, e especialmente no “Império do Direito”, este último criticada em forma de resenha em uma densa análise realizada por Allan C. Hutchinson chamado, em nossa tradução livre, de “Indiana Dworkin e o Império do Direito”, em clara alusão sarcástica ao “Indiana Jones e os Cavaleiros da Arca Perdida (1981), o Templo da Perdição (1984) e a Última Cruzada (1989). Cfr. DWORKIN, Ronald. **La Filosofía del Derecho**. 2ª Ed. México: FCE, 2014, p. 130; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2011; DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. HUTCHINSON, Allan C. Indiana Dworkin and Law’s Empire. **The Yale Law Journal**, v. 96, 1987.

¹⁴² Para Lenio Streck, que entende que a melhor abordagem decisória é a Ronald Dworkin, entende que princípio “é um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um princípio não é um princípio. É só um argumento retórico”. Cfr. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 4ª Ed. Saraiva, 2012, p. 359 e ss; STRECK, Lenio. **[Entrevista]. Deontologia do Direito. Direito não pode ser corrigido por valores morais**. Conjur, 2 de abril de 2012.

estilo guarda um fulgor do meio dia, é serenidade orvalhada sobre a borrasca”, algo que estaria em falta nas produções “castiças”, numa perspectiva que uma ampliação do “Eu” não é bastante e nem suficiente: “ando buscando mais que eu mesmo – mais seguro que eu mesmo”.¹⁴³

Mas a solução não é trocar a impressão pelo conceito, antes, o adequado é a integração. Resgata-se a força de Cervantes e do Quixote, para uma especial construção argumentativa referente àquela pretensão de “integração”:

Não existe livro algum cujo poder de alusões simbólicas ao sentido universal da vida seja tão grande e, sem embargo, nenhum livro fornece menos antecipações, menos indícios para sua interpretação. Confrontado a Cervantes, Shakespeare parece um ideólogo. Nunca falta em Shakespeare um contraponto reflexivo, linha sutil de conceitos servindo de arrimo à compreensão.¹⁴⁴

O reflexo da interpretação proposta por Cervantes, que não fornece a chave interpretativa de si mesmo, diferente de Shakespeare “que sempre explica a si mesmo”, pode ser transposta para a Constituição Federal de 1988, não obstante a distância que vão entre um universo e outro, mas sabe-se que o Texto Magno Constitucional não traz em si, evidente e perceptível, um manual de instruções, mas apenas uma sala de máquinas e inúmeros botões (para ficarmos com a metáfora de Roberto Gargarella sobre a Sala de Máquinas da Constituição¹⁴⁵).

Nosso texto constitucional, neste sentido, brilha como o diamante ético de Joaquin Herrera Flores¹⁴⁶, mas em seu seio há um enigma: o enigma da interpretação, que pode fornecer conflitos baseados em guerrilhas ideológicas (como afirma Pierluigi Chiassoni¹⁴⁷, a complicar a aplicação do Precedente), bem como a presença de desacordos lineares: a luta e

¹⁴³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 109.

¹⁴⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 111.

¹⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution**. New York: Oxford, 2013.

¹⁴⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux; IDHID, 2009.

¹⁴⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction*.

a disputa é pela integração do texto à realidade, em torno da perigosa discricionariedade judicial.

2.14 Parábola

Certamente de maneira proposital, este fragmento é o mais sucinto de todos, dando o exato *plug* ou gancho epistemológico para o fragmento final, quando um esforço determinado e aguerrido para se deslocar em determinada direção pode, invariavelmente, conduzir o caminhante para direção diametralmente oposta:

Conta Parny que em sua viagem polar avançou um dia inteiro na direção norte, fazendo galopar valentemente os cães de seu trenó. À Noite, verificando as observações para determinar a altura em que se encontrava, com grande surpresa notou que estava muito mais ao sul do que de manhã. Durante o dia inteiro se esforçara rumo ao norte, correndo sobre planície imensa de gelo que uma corrente oceânica arrastava para o sul.¹⁴⁸

São riscos que corre aquele que caminha por um caminho, seja de pesquisa acadêmica, seja de interpretação. A certeza daquele que caminhava – segundo intuía, rumo ao norte, não é menos planejada e ideológica do que aquele que se equipa com sofisticados instrumentos metodológicos, pois ao fim e ao cabo, são os cães, as pernas ou as rodas que conduzem a caminhada, e não seus instrumentos, ainda que sejam “sofisticados instrumentos”.

Esta parábola, aliás, é como de certa maneira “a flauta nos lábios de Deus”, tal como refletida por Osho, que menciona que é preciso nascer de si mesmo, morrer como passado e nascer como futuro¹⁴⁹, - e dizemos nós: pois o Tribunal ou Corte (ou Juiz) não gera “ninguém”, propiciando, é certo, apenas o seu próprio nascimento quando decide, criando – revogando ou aplicando um precedente de maneira estreita, criando o problema, portanto, da já referida “condição Adâmica do Precedente”¹⁵⁰ e do “Precedente na era de sua

¹⁴⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 112.

¹⁴⁹ OSHO. **A Flauta nos lábios de Deus: o significado oculto dos evangelhos**. Trad. Marcos Malvezzi Leal. Campinas: Versus, 2010, p. 9.

¹⁵⁰ Vide item sobre § 2.11 Cultura. – Segurança, acima.

Reprodutibilidade Técnica”.¹⁵¹ O caminho é tão importante como o caminhante e a trajetória da caminhada, mas quando se dá o primeiro passo, o Norte pode se tornar Sul, e vice-versa.

2.15 A crítica como patriotismo

Encerra-se a caminhada com palavras de importância para qualquer espécie de conhecimento, mencionando-se que o que faz um problema se tornar um problema é que ele contenha uma contradição real ou verdadeira, trazendo a importante consequência da necessidade de se aguçar a sensibilidade para a questão da cultura, do país como contradição.¹⁵²

A reflexão do filósofo está centrada numa espécie de patriotismo, mas que podemos tomar como importantes muitas de suas observações, sobretudo no que se refere a tradição e cumprir promessas, vale dizer, propõe-se que ocorra um rompimento com a tradição, inadequada, e que aquele que promete passe a cumprir suas promessas, com a libertação das superstições do passado, observando que não se pode deixar seduzir por este.¹⁵³

Recorda-se interessante metáfora: os marinheiros teriam descoberto que só havia uma maneira de escapar ao canto mortal das sereias: cantá-lo de trás para frente, até que se descubram as linhas e os rastros de Cervantes e do Quixote, e em nosso caso, da Constituição e de sua alma.¹⁵⁴

São estas as meditações preliminares inspiradas no filósofo, das quais retiramos muitas e valiosas lições de reflexão apurada. Em primeiro lugar, o bosque – a pesquisa, a constituição, os tribunais e a sociedade, na miríade de universos possíveis, permitem variadas possibilidades de aproximação, não havendo um caminho obrigatório, ou um gesso ortopédico metodológico.¹⁵⁵ O que se faz necessário é a clareza e o manejo dos conceitos, na

¹⁵¹ BENJAMIN, Walter. A Obra de Arte na Era de Sua Reprodutibilidade Técnica.

¹⁵² Ortega y Gasset falava da Espanha de sua época, mas cremos que as observações são universais.

¹⁵³ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 115.

¹⁵⁴ ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**, p. 115.

¹⁵⁵ Confira-se o comentário realizado no item 2.1, relacionado à concepção filosófica de ortopedia de Ortega y Gasset.

tentativa de agregação, perceptiva de pontos de luzes latentes e patentes, aparentes e profundas, que estarão ao alcance de quem caminhar pelo bosque.

3. A pesquisa ilustrada

Com efeito, após percorrermos aquela trilha, ladeados por Ortega y Gasset, temos a refletir que, embora a presente investigação “científica” não pertença ao campo da educação, há aqui um embrião de crítica às ideias acerca de uma pesquisa orientada pelo breviário constituído pelo conjunto: “problema”, “hipótese”, “marco” ou “referencial teórico” e “metodologia”. Assim como o prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, não acreditamos na concepção de “referencial teórico”¹⁵⁶.

Acreditamos que a ideia de racionalidade pode falhar, que pode levar a ideia de domesticação do azar em termos de seleção aleatória nas decisões individuais e sociais¹⁵⁷, e acreditamos que pode haver – ainda - um “falso” encantamento pela razão.¹⁵⁸ Até aqui, trabalhamos no plano das crenças, que se mostram tão efetivas em termos de reflexão de ideias quanto à venda e a pregação da noção de “racionalidade”. Racionalidade esta que estaria na pesquisa e na decisão judicial. Há algo de aleatório com o qual a academia não vem se preocupando.

Se nos propomos a analisar a existência, e também a eventual limitação da racionalidade decisória do Supremo Tribunal, não pode passar despercebida pela pesquisa

¹⁵⁶ Eis as observações de Antônio Augusto Cançado Trindade sobre o referencial teórico: “Sempre me considerei um livre pensador e sempre defendi o livre pensamento e a busca, por parte de cada um, de suas próprias respostas às perguntas que fazem a si mesmos. Sempre me opus a isso que hoje nós chamamos de ‘marco teórico’. Não acredito em marco teórico, sou contrário à marco teórico e creio que é uma moda nefasta que se estabeleceu em nossas Faculdades. Cada um deve buscar por si mesmo as respostas para as perguntas que surgem no decorrer dos anos de formação tanto pessoal como profissional. Não existe uma fórmula apriorística para todos, e creio que cada um deve seguir aquilo com que se identifica e abrir o seu próprio caminho.” Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memórias do Professor Cançado Trindade. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 8, 2009.

¹⁵⁷ ELSTER, John. **Juicios Salomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión**. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

¹⁵⁸ Veja-se a candente abordagem de Pierre Schlag, que realiza uma duríssima crítica dirigida à deificação da razão por parte do pensamento jurídico Norte Americano: “Para o Direito, a razão é apenas uma outra ferramenta, apenas um outro recurso cultural, apenas um outro grupo de técnicas disponíveis para fazer o trabalho do direito. Lhe se for dada a chance, o Direito irá se apropriar, consumir e corromper qualquer recurso cultural ou intelectual – incluída a própria razão. A razão é instável, e o Direito não é benigno. Esta não é uma boa combinação. Quando a razão vai embora, mas continua a regular as coisas, nós temos precisamente o que encontramos ao redor de nós todos: uma forma de vida penetrante e rasa”. (Tradução Livre). Cfr. SCHLAG, Pierre. **The Enchantment of Reason**. Durham: Duke University Press, 1998, p. 145.

(qualquer pesquisa) a existência de eventual limitação da racionalidade do próprio instrumental constitutivo de seus mecanismos, sobretudo após trilhar o “bosque de Ortega”.

Por esse motivo, uma “metapergunta”: porquê os pesquisadores das ciências sociais aplicadas, especialmente do Direito, parecem repetir a estrutura de pesquisa (que reúne, basicamente, o conjunto acima referido: “problema”, “hipótese”, “marco” ou “referencial teórico” e “metodologia”) de maneira acrítica, numa notória reprodução do que observam na disciplina que congrega as noções de “metodologia da pesquisa científica”¹⁵⁹?

O famoso e clássico livro “Experiência e Educação”, de John Dewey, cuja primeira edição data de 1938, traduzido por Anísio Teixeira, em suas pouco menos de 100 páginas bem divididas em 8 capítulos, nos fornece alguns elementos para refletir¹⁶⁰ sobre essa indagação, como que um colete salva-vidas para o breve – embora perigoso, mergulho que pretendemos realizar, pois as águas são mornas e turvas na superfície, com violentas e geladas correntes marinhas em seu fundo.

Da experiência que tivemos, a partir de contatos com vários colegas de curso do PPG/Direito, parece imperar – com raras e honrosas exceções, um emaranhado de opiniões pessoais travestidos de suposta cientificidade sobre o que deve ser feito em termos de pesquisa e metodologia da pesquisa do direito.

Em termos de construção e da materialização do objeto da pesquisa, alguns parecem sugerir que os parágrafos devem ser “descritivos”. Outros parecem sugerir que os parágrafos devem ser “argumentativos”. Outros parecem sugerir que ocorra uma mescla entre “descrição” e “argumentação”.

¹⁵⁹ Para restringir a análise ao Distrito Federal, que possui 4 Programas de Pós-Graduação em Direito, “stricto sensu” (UnB, UnCEUB, UCB e IDP), não se encontrou nas ementas e bibliografias sugeridas nenhum livro, artigo ou monografia que seja – pelo título – contrário à metodologia jurídica ou à racionalidade da pesquisa jurídica. **1)** o PPG/Direito UnB apresenta a disciplina “Pesquisa Jurídica”. **2)** o PPG/Direito UniCEUB congrega ao menos três disciplinas que parecem se preocupar com a pesquisa jurídica e/ou com a cientificidade do direito: “Paradigma da Pesquisa Sociojurídica”, “Direito e Ciência” e “Fundamentos da Metodologia Científica”. Esta última possui uma variante que já foi denominada de “Fundamentos de Metodologia da Pesquisa em Direito”. **3)** o PPG/Direito da UCB apresenta a disciplina “Pesquisa Jurídica Avançada”. **4)** O PPG/Direito do IDP apresenta a disciplina “Metodologia da Pesquisa Jurídica”. Todas as informações foram obtidas diretamente dos sites dos respectivos programas, acessados em 31.03.2015.

¹⁶⁰ DEWEY, John. **Experiência e Educação**. Coleção Cultura, Sociedade e Educação, volume 15. Trad. Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

Por outro lado, há uma certa tendência em refutarem análises históricas, com base em famoso artigo que recomenda a não citação do “código Hamurabi”¹⁶¹, artigo esse satirizado também por meio de outro famoso artigo¹⁶² suplicando por um acordo: não se fala do Código se o professor fizer um plano de aula. Com efeito, aquele primeiro artigo parece não ter preocupação de que ele nem um código era, e sim uma descrição das atividades de um soberano. Além do mais, sugere-se certo comedimento para com as relações entre “direito” e outras disciplinas” (“*law and...*”) e para com o direito comparado, ao mesmo tempo em que os Tribunais são cada vez mais confrontados com a tese do transconstitucionalismo¹⁶³ e do diálogo entre juízes.¹⁶⁴

Conversar com vários colegas de várias instituições de PPG/Direito do Distrito Federal parece sugerir que há um gravíssimo problema em termos de racionalidade da pesquisa jurídica e de ausência de crítica com relação à própria experiência educacional deste ponto de vista, ou de ideias, ou seja, para retomar Ortega y Gasset e sua influência platônica.

As diferentes tradições brasileira e americana, dão conta de experiências interessantes. Ao tempo em que “*One L*”¹⁶⁵, o famoso livro de Scott Turow sobre seu primeiro em Harvard relaciona aspectos importantes atrelados ao modelo socrático, embora prenhe de competição, também se observa o famoso e esquecido artigo de Duncan Kennedy¹⁶⁶, escrito quando o autor ainda era estudante, nos dando conta da opressão e humilhação relacionado ao emprego do modelo socrático.¹⁶⁷

¹⁶¹ OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurábi. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito.** Em: Sua Excelência o comissário e outros ensaios sobre Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

¹⁶² ARRUDA LUNA, André Henrique de. **Não Falarei de Hamurábi, mas espero que faça um plano de aula. A pedagogia na graduação em Direito.** Em: *Âmbito Jurídico*, XIII, n. 83, dez. 2010.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjursfundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais.** 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014.

¹⁶⁴ NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **A Circulação Global dos Precedentes**, p. 176.

¹⁶⁵ TUROW, Scott. **One L.** New York: Warner Books, 1998.

¹⁶⁶ KENNEDY, Duncan. How the Law School Fails A Polemic. 1 **Yale Review of Law & Social Action** 71, 1970.

¹⁶⁷ Já tivemos a oportunidade de traduzir um dos artigos de Duncan Kennedy para o português, e entramos em contato com o professor Norte-Americano e com a Universidade de Yale, que nos autorizaram a traduzir o artigo citado na nota de rodapé acima referida. É conveniente recordar que a Fundação Getúlio Vargas publicou há alguns anos atrás artigo que buscava dialogar com outro artigo escrito por Duncan Kennedy, uma espécie de continuação do artigo que iremos traduzir. Cfr. MACHADO, Ana Mara França; PÜSCHEL, Flávia Portella; LUZ, Yuri Corrêa da Luz. Três Reações a um panfleto de Duncan Kennedy. **Revista DireitoGV**, v. 2, n. 2, jul.-dez., 2006.

Vale recordar o artigo escrito em 1912 por João Mendes de Almeida Junior na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, preocupado com o ensino do direito, em que o notável professor paulista já se debruçava sobre comparação entre os métodos de ensino praticados no Brasil frente aos métodos utilizados nos Estados Unidos (*case-methods*), Inglaterra (*inns-courts*) e Alemanha (cursos práticos e investigação científica).¹⁶⁸

Percebe-se alto espírito de ufanismo em João Mendes, que o impediu de vislumbrar os problemas que surgiriam com a massificação do ensino jurídico, sendo importante destacar, entre outras, as reflexões que fizeram Roberto Lyra Filho¹⁶⁹ (em 1981) e vários professores em obra organizada por Larissa Silva e Júlia Ximenes¹⁷⁰ (em 2015), que indicam a necessidade de mudança, talvez um esgotamento através de sua própria seiva.

Neste “*Tend-Tudo*” do mercado das pesquisas jurídicas, parece intuitivo que Diderot sentir-se-ia em casa na alegada bagunça de sua enciclopédia, que ao invés de trazer as raízes ideológicas da modernidade em seus dezessete volumes, como marco e texto supremo do iluminismo, “incluem tamanha mistura de informação sobre tudo, de A a Z, que não se pode deixar de imaginar porque provocou tal tempestade no século XVIII”, trazendo a lume o questionamento de um erudito, se era trabalho de referência ou uma “*machine de guerre*”?¹⁷¹

Quando também se aliam a estes problemas de “problemas do ensino jurídico”, que afeta pesquisas e percepções da realidade, as provocações igualmente necessárias de Pierre

¹⁶⁸ Embora João Mendes tenha dito que o método praticado no Brasil não fosse inferior aos métodos de ensino praticados em outros países, e de que deveria manter o sistema misto, convém refletir se estava mesmo certo o então Diretor da Faculdade de Direito da USP no biênio 1913-1914, que observou: “Nas Faculdades de Direito, mesmo comparando os factos e os preceitos, é necessário firmar os princípios em que estes se fundam; mas um a vez firmados os princípios, é necessário deduzir deles as legítimas consequências, quer para justificar ou corrigir os preceitos, quer para ordenar os factos. E o methodo analytico-synthetico ou empírico-racional, único methodo realmente pratico, porque ensina não só o fundamento das leis, como a applicação das leis aos factos, como o modo e a forma de realizar as relações de direito, quer na vida e m geral, quer no foro extrajudicial, quer no foro judicial. Mantenhamos, pois, o methodo misto, que até aqui temos seguido, corrigindo, dentro das regras do mesmo methodo, qualquer defeito no procedimento. Os juristas formados nas nossas Faculdades não são inferiores, quer na theoria, quer na pratica, aos juristas formados e m Faculdades que professam por outro methodo”. Cfr. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O Ensino do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 20, 1912, p. 43-88.

¹⁶⁹ LYRA FILHO, Roberto. **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Editora obreira, 1981.

¹⁷⁰ São 11 artigos de reflexão crítica sobre o ensino do direito, pelas percepções dos professores Marcus Firmino Santiago, Carolina de Oliveira Campos, Hector Luís Vieira, Larissa Silva, Cláudio de Oliveira, Julia Maurmann Ximenes, Janete Lopes de Barros, Dulce Donaire de Mello e Oliveira Furquim, Anna Luiza Gianasi, Adisson Leal, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Roberto Freitas Filho, Marcelo Varella, Cláudia Roesler, Alexandre Veronese e Roberto Fragale Filho. Cfr. XIMENES, Julia Maurmann; SILVA, Larissa (Coord.). **Ensinar direito o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁷¹ DARTON, Robert. **O grande massacre de gatos e outros episódios da história cultural francesa**. Trad. Sônia Coutinho. São Paulo: Paz & Terra, 2014, p. 247.

Schlag¹⁷² no sentido de que a neurose psicótica criada com a necessidade da massificação de publicações, indagando se não estaríamos diante de um “*Air Guitar*” jurídico, pois o “*publish or perish*” faz parte de uma categoria muito suspeita que não pode passar, como de fato não passou, indene de críticas por parte da academia Norte-Americana.¹⁷³

Disso decorre uma perplexidade que pulsa no interior da presente pesquisa: se um determinado modelo de enfrentamento da pesquisa precisa de liberdade para voar tão alto quanto possa, através do bater de asas, o mesmo não poderia ocorrer em termos de decisões judiciais em geral, e do Supremo Tribunal em particular, pois poderia ocasionar a crítica de “insegurança jurídica”?

O raciocínio acima é de fato simplista e reducionista, e faz uma comparação que dificilmente seria aceita sem maiores questionamentos, seja em termos de premissas, de fatos e de valores¹⁷⁴, mas serve a um fim reflexivo: se o magistrado muitas vezes busca fugir das “amarras da lei”¹⁷⁵, mesmo que seja por uma espécie de teoria das exceções legais conhecida

¹⁷² SCHLAG, Pierre. Span Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art. **97 Geo. L. J.** 803, 2009.

¹⁷³ Cabe observar que temos trocado e-mails com o autor Pierre Schlag, e estamos autorizados a traduzir para o português o artigo acima referido, atividade esta que está em atual estágio de execução.

¹⁷⁴ Em uma de suas últimas palestras antes de falecer, o comentário de J. J. Calmom de Passos sobre manipulação ideológica do processo com a confusão entre falsa representação e falsa motivação, pela confusão entre coisas tão distintas como fatos e valores: “O sistema processual brasileiro é mais arcaico que o Rei Dom Manuel. E a gente começa a achar que a solução é reforma processual. E agora inventaram uma coisa maravilhosa: efetividade e celeridade. Uma manipulação, eu tenho dito. Há um autor italiano Stoppino, estudando o problema da ideologia, no sentido marxiano, e vocês sabem que a ideologia tem um sentido lato, do ponto de vista de Hainer, todos nós temos nossa ideologia, nossa visão de mundo, é uma visão limitada. O mundo não é isso que nós vemos. O mundo é muito mais do que aquilo que nós vemos. Diziam antigamente que a terra era plana, e que o sol girava em torno da terra. Estão dizendo hoje que existe um tal de DNA e um código genético. Pode ser que daqui a dez anos digam que isso é mentira. Mas nós somos obrigados a ter a nossa visão de mundo. (...) Mas existe uma visão de mundo que procura ocultar a opressão. Cria uma série de slogans, e a gente acha que as coisas são assim, não podem ser diferentes, e a gente vai se conformando. Então um dos moldes perversos dessa ideologia, diz Stoppino, é a falsa representação e a falsa motivação. O que é a falsa representação? Lhe convencer de que uma coisa existe quando ela não existe. E o que é a falsa motivação? É apresentar um fato como valor, porque um valor é uma coisa muito diferente de um fato. Isso aqui é um copo com água. Não adianta eu dizer a vocês: “estão vendo esse belo Cisne”. Vocês diriam. “Ihh. Pinotou. Chegou a hora do velho ir embora mesmo”. Mas se eu disser a vocês: “A democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”. Nenhum de vocês tem condição de dizer que eu estou mentindo. Ninguém está vendo. Então valor é uma coisa que a gente projeta nas coisas, mas não está nas coisas. E quando eu transformo um fato em valor, isso é uma manipulação ideológica. E o que estão fazendo no momento para engambelar os bestas. Celeridade e efetividade. Celeridade não é valor, e efetividade não é valor. São fatos. (...), são utilidades. Justiça é valor. Então, antes da efetividade e da celeridade, vem a boa qualidade da prestação jurisdicional.”. Cfr. CALMOM DE PASSOS, J. J. [Palestra]. **Rede Educação**. Salvador, 2012. Disponível em: <http://youtu.be/PIELThIMD_M>, acesso em: 31.03.2015.

¹⁷⁵ Interessante notar o uso de metáfora doutrinária sobre a lei em uma decisão judicial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para julgar uma ADC Distrital: “Sá Pereira, com a visão macroscópica que imprimia a seus ditos, de certa feita comparou o aplicar da lei à figura do homem que segura uma linha muito tênue e escura em uma floresta negra e densa; o homem, ou seja, o intérprete, nunca deve repousar a linha ou afastar-se dela porque, se o fizer, provavelmente não mais a encontrará. E arremata: uma vez fora da lei não se sabe onde parar. O raciocínio hermenêutico que se distancia do escrínio legal tende, num processo perverso de justificar a exceção, cometer mais outra exceção, e outra, e outra, até

como “derrotabilidade” (*defeasibility*)¹⁷⁶, ou busca fugir da “vinculação do precedente normativo”¹⁷⁷, de modo a ampliar seus horizontes para aplicar de maneira “justa” o direito ao caso concreto, fazendo diferenciação entre o Direito e suas fontes (constituição, leis, costumes, decisões, etc.), é uma aporia tentar estudar/pesquisar de maneira operacionalmente fechada algo que busca ser cognitivamente aberto¹⁷⁸.

Assim, temos realizada incursão reflexiva que fornece as condições de possibilidade para os demais capítulos inerentes a segunda parte desta pesquisa jurídica, sobretudo no que se refere a constatação de que a pesquisa não precisa ser desenvolvida exclusivamente por meio de parágrafos argumentativos com a exclusão dos parágrafos descritivos para o purgatório das ideias amaldiçoadas. Neste sentido, iremos adentrar um bosque – o bosque de conhecimento dos precedentes, e da atividade do Supremo Tribunal Federal e da filosofia do precedente e da *ratio decidendi*, sem falar de Hamurabi, mas não haveria problema algum se o fizéssemos.

situar-se completamente fora dos ditames da lei analisada.” (Fragmento do voto do Desembargador Getúlio Moraes Oliveira do TJDFT na ADC 1998.00.2.002157-2, no Conselho Especial do TJDFT).

¹⁷⁶ Imprescindível a consulta sobre aquele que é considerado o mais robusto marco da teoria da derrotabilidade. Confira-se, ainda, por oportuno, autores brasileiros que trataram do tema: CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 52, p. 81-99, 2010;

¹⁷⁷ Para uma análise das várias classificações do precedente no modelo garantista normativo, confira-se: ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 309-381.

¹⁷⁸ Embora possa aparentar certa semelhança com o raciocínio desenvolvido por Niklas Luhmann em seu difundido artigo “A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”, o argumento não é com ele coincidente, embora seja uma influência para a formação da base do raciocínio. Cfr.: Luhmann, Niklas. **A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico**. Trad. Peter Naumann. **Revista da AJURIS** - n. 49 - Julho/1990.

SEGUNDA PARTE: SUPREMO, PRECEDENTE E RATIO DECIDENDI

1 O PRECEDENTE E SUA DIMENSÃO CONCEITUAL

Ementa: Neste capítulo realizamos abordagem sobre a questão relativa ao precedente a sua dimensão conceitual, com vistas a fornecer condições de possibilidade para a realização das abordagens subsequentes, especialmente para as posteriores reflexões acerca da racionalidade decisória do STF numa linha que buscará compreender sua *ratio decidendi*.

Premissa

Atendendo as prolíficas observações da banca de qualificação, partindo da Constituição, e já de saída, observo que o precedente, a despeito de sua presença no CPC de 2015 (arts. 926, 927 e 928), encontra a sua fonte primária na igualdade (preambulo e artigo 5º, da CF/88), na coisa julgada (art. 5º, XXXVI) no permissivo decisório vinculante do STF (art. 102, § 2º da CF/88), e encontra-se em pé de igualdade com a Lei, de maneira a buscar as três qualidades: estabilidade, uniformidade e coerência. Somos herdeiros de um hibridismo¹⁷⁹ (*civil law* e *common law*), embora com a busca constante pelo sucedâneo do *stare decisis*.¹⁸⁰

1.1. Considerações Iniciais

Estaria constitucionalmente correta, em termos brasileiros, a afirmação de que “a lei reina, e a jurisprudência governa”¹⁸¹? Que reino seria este, ou ainda, que tipo e/ou modelo de

¹⁷⁹ ZANETI JR. Hermes. Brasil: Um país de “Common Law”? As Tradições Jurídicas de “Common Law” e “Civil Law” e a Experiência da Constituição Brasileira como Constitucionalismo Híbrido. Em: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA, Roberto. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013; ZANETI JR. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código De Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de Racionalidade e a Negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 235, 2014; ZANETI JR. Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: O modelo Constitucionalista da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2ª Ed. Revista, Ampliada e Alterada. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETI JR. Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹⁸⁰ AMARAL JR. José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais** n. 920, 2012, p. 133-149.

¹⁸¹ A afirmação é a tradução livre da assertiva seguinte: “*la ley reina y la jurisprudencia gobierna*” cfr. FALCÓN Y TELLA, María José. **La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 141-142.

governança seria esta? Não parece possível uma única resposta a tais indagações, pois, “é uma questão complexa demais para se afirmar assim, em poucas linhas”.¹⁸²

A reflexão sobre tais indagações será abordada a partir da análise da força do precedente no direito comparado, em especial nos Estados Unidos. Convém, antes, rememorar a história/estória dos peixes presos e dos peixes livres, central para a compreensão da aplicação do Direito ao caso concreto, conforme pensamos.

Uma professora de “*Civil Procedure*”¹⁸³ da *Tusla College of Law* nos Estados Unidos exige que seus alunos do primeiro ano do curso de Direito leiam o capítulo 89, “*Fast-Fish and Loose-Fish*” (Peixes Presos e Peixes Livres), do clássico *Moby Dick*, de Herman Melville, que contém talvez uma das mais expressivas reflexões jurídicas, porque abriga, segundo afirma a própria obra: “o fundamento de toda jurisprudência humana”.¹⁸⁴

Aliás, a referida professora (Tamara Piety) menciona a descoberta de Melville, e a influência de sua adoção junto a seus alunos, a partir de um curso sobre a Democracia Americana ministrado em Harvard por Cornell West e por Roberto Mangabeira Unger.¹⁸⁵

O mote supostamente refletido na narrativa seria o conflito entre barcos pesqueiros em disputa pela propriedade das baleias abatidas. Em outras palavras, menciona-se que frequentemente vários navios faziam juntos um cruzeiro, quando não raro uma baleia era atingida por algum deles, e que depois ela eventualmente escapava para enfim ser morta e capturada por outro barco.¹⁸⁶

Alega-se que se não fosse a existência das leis universais, escritas ou não, seria frequente a existência de disputas vexatórias e violentas entre os pescadores, motivo pelo qual os pesqueiros americanos possuem seus próprios legisladores e advogados nesta matéria, tendo instituído então um sistema superior em face de sua concisão e clareza, com

¹⁸² Esta afirmação de Lênio Streck ocorre em outro contexto, e referindo-se a uma outra matéria, mas a assertiva serve aos presentes propósitos. Cfr.: STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p 148.

¹⁸³ PIETY, Tamara R. Something Fishi: or why I make my students read Fast-Fish and Loose-Fish. **Vermont Law Review**, Vol. 29, Vt. L. Rev. 33, 2004.

¹⁸⁴ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**. Edição bilíngue (português/inglês). Tradução e notas de Vera Sílvia Camargo. São Paulo: Editora Landmark, 2012, p. 219-221 (versão bilíngue, inglês, p. 464).

¹⁸⁵ PIETY, Tamara R. **Something Fishi**, p. 36.

¹⁸⁶ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219-221.

dois artigos: 1º) um peixe preso pertence à parte à qual está preso; 2º) um peixe livre pertence a quem o capturar primeiro.¹⁸⁷

Mas o gênio de Melville prossegue sua narrativa destacando a sagacidade deste magistral código, com a admiração de que com “tanta” brevidade, necessita ainda de uma grandiosa quantidade de comentários para analisa-lo, vale dizer, o que significaria um “peixe-preso”? Tecnicamente, vivo ou morto, um peixe estará preso quando conectado a um navio ou a um bote, controlado por seu ocupante, assim como, também tecnicamente, um peixe estará preso se levar um pendão ou qualquer símbolo de posse.¹⁸⁸

Entretanto, ressalte-se que tais comentários assumem caráter técnico, enquanto os baleeiros podem realizar seus próprios tipos de comentários, com ar mais “duro” (através da chamada “Lei dos punhos”)¹⁸⁹.

Estas linhas são sugestivas para que se recorde um antigo caso de litígio ocorrido na Inglaterra, no qual os queixosos reclamavam a posse de uma baleia após uma difícil caçada nos Mares do Norte, quando os queixosos haviam conseguido arpoar a baleia, mas estando em perigo de perder suas vidas, teriam sido obrigados a abandonar não apenas o grande peixe, mas também suas linhas e seus botes.¹⁹⁰

Neste sentido, os acusados – que eram os tripulantes da outra embarcação – surgiram com a referida baleia morta, presa, quando teriam se apropriado dela, das linhas e do bote que haviam permanecido atados à baleia até o momento de sua captura, motivando os queixosos a procurar a justiça, exigindo reembolso (pelo valor da baleia, da linha, dos arpões e do bote).¹⁹¹

O advogado dos acusados durante o julgamento, o Sr. Erskine, ilustrou sua posição com um então recente caso criminal no qual um cavalheiro, depois de tentar conter – em vão

¹⁸⁷ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁸⁸ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, 219.

¹⁸⁹ Aqui, na “lei dos punhos”, a violência está mais do que sugerida. MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹⁰ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹¹ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

– a depravação de sua esposa, finalmente “a abandonara pelos mares da vida”, mas algum tempo depois se arrependera, tendo ajuizado medida judicial para recuperar sua posse.¹⁹²

E o advogado então prosseguiu mencionando que apesar de o cavalheiro ter originalmente arpoado e prendido sua dama, ele a abandonara em razão do “grande problema” de vê-la cair na depravação, razão pela qual ela “se tornara um peixe-livre”, ou seja, quando outro cavalheiro a arpoar, a dama tornar-se-á propriedade¹⁹³ deste outro cavalheiro, juntamente com qualquer arpão que nela se encontrar afixado, alegando que os exemplos da baleia e da dama ilustrar-se-iam reciprocamente.¹⁹⁴

O Juiz da causa, Lord Ellenborough, após analisar as provas produzidas, decidiu estabelecer que o barco deveria ficar com os reclamantes, uma vez que eles somente o haviam abandonado para salvar suas vidas, mas no que se refere a controversa baleia, a linha e aos arpões, deveriam ficar com os acusados, pois a baleia era um peixe livre no momento da captura final, e os arpões e as linhas nela se encontravam presos.¹⁹⁵

O cerne da decisão judicial relatada na narrativa de Herman Melville fora exatamente aquelas duas leis, relativas aos “peixes presos e aos peixes livres”, que são “o fundamento de toda jurisprudência humana”, uma vez que, muito embora seja possível observar adornos esculturais complicados, “o Templo da Lei se apoia em apenas duas colunas”, tal qual o Templo dos Filisteus.¹⁹⁶

O autor indaga se não seria um adágio pronunciado pelas bocas humanas o fato de a posse representar, já, metade da lei, independentemente do modo como ela tenha sido obtida, e prossegue: o que não seria a Irlanda para o arpoador John Bull¹⁹⁷, senão um peixe

¹⁹² MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹³ Aqui não importa o “politicamente correto”, que melhor pode ser pesquisado em termos sociais e antropológicos, mas apenas o uso do exemplo contido na mais que sesquicentenária narrativa de Herman Melville (1851-2014).

¹⁹⁴ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹⁵ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹⁶ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

¹⁹⁷ Conforme sabido, “John Bull” é a representação da Grã-Bretanha (as vezes somente da Inglaterra), assim como “Tio Sam” é a representação dos Estados Unidos da América do Norte. As vezes caricaturado, utilizado em tom pejorativo como na charge de um “famoso” “artista desconhecido” – que aparece no livro “The Extraordinary Black Book”, ou “Corruption Unmasked” de 1835 (na verdade, títulos condensados) de autoria do radical reformador inglês John Wade (1835) que retrata “John Bull” como Gulliver, em severa crítica sobre o comportamento do “governo Inglês” (representado por John Bull) que por sua vez simbolizaria a própria nação Britânica. Sobre o Direito e os Tribunais, vide o capítulo VIII da referida obra (p. 286 [versão digital p. 320]). Cfr.: WADE, John. **The Black Book: An Exposition of Abuses in Church and State, Courts of Law, Municipal Corporations, and Public Companies**. London: Effingham Wilson, Royal Exchange,

preso? Com efeito, a doutrina gêmea dos peixes livres também seria universal: o que não seriam os direitos dos homens e a liberdade do mundo, senão peixes livres?¹⁹⁸

Evidentemente, toda interpretação é uma forma de poder, pois podemos dizer: “olho para isto e digo que significa aquilo”, e na sequência, “olho depois para aquilo que acabei de colocar no mundo através da minha interpretação” e chamo aquilo, de isto¹⁹⁹, vale dizer, é possível capturar uma interpretação e tornar algo (ou alguém) um “peixe preso” ou um “peixe livre”.

Mas e quando estamos falando de uma decisão judicial que se pretende transformar em um precedente (ou que mantém ou revoga um precedente), cabe indagar duas questões que são uma espécie de inquietação preliminar: haveria como falar em “peixes meio presos” e “peixes meio livres”, como na famosa metáfora do copo “meio cheio” ou “meio vazio”? Estaríamos condenados a uma relatividade em termos de decisão judicial, de modo que as respostas a estas perguntas sempre dependerão de quem está “tomando a decisão”?

A compreensão desta angústia prática e acadêmica pode muito bem se valer da tentativa de Jorge Luís Borges quando da explicação inicial sobre seu “Livro de Areia”, ao mencionar que a linha “consta de um número infinito de pontos”, e que o plano “consta de um número infinito de linhas”, e que por sua vez um volume consta “de um número infinito de planos”, assim como o “hipervolume” de um número infinito de volumes...²⁰⁰

Outra narrativa de Borges²⁰¹ evoca o pensamento de Emerson ao dizer que linguagem seria poesia fóssil, e que para compreendê-lo basta recordar que todas as palavras abstratas seriam, então, metáforas – inclusive a própria palavra metáfora, que na língua grega significa “translação”.²⁰²

1835. Disponível em: <http://www.davidmhart.com/liberty/EnglishClassicalLiberals/Wade/Wade_1835BlackBook-bw.pdf>, acesso em 19.06.2014.

¹⁹⁸ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 221.

¹⁹⁹ TAVARES, Gonzalo. Breves Notas Sobre o Poder, em: Poder, **GRANTA Revista Semestral**, nº 2. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013, p. 291.

²⁰⁰ BORGES, Jorge Luis. **O Livro de Areia. In: Obras Completas III**. São Paulo: Globo, 1999, p. 79.

²⁰¹ Cuida-se de “*Ars Magna*”, in: BORGES, Jorge Luis. **Obras Completas III**, p. 495.

²⁰² BORGES, Jorge Luis. **Obras Completas III**, p. 495.

E a provocação parece mesmo necessária: será que estaremos sempre diante do livro de areia de Borges, em termos de tomada de uma decisão judicial, pois assim como na narrativa borgeana, nem o livro e nem a areia possuiriam princípio ou fim?²⁰³

É importante recordar que toda interpretação acaba sendo sempre um resultado, entre tantos outros possíveis, a que podemos chegar em razão de determinado contexto, embora deva ser modificada quando forem “alteradas as coordenadas da situação hermenêutica”²⁰⁴, sendo certo que “interpretar é explicitar o compreendido”, e que “antes de argumentar, o intérprete já compreendeu”²⁰⁵, mas não se pode dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.²⁰⁶

Esta observação somente pode ser apreendida a partir e dentro dos “12 Pontos de Streck”²⁰⁷, que também nos demonstra a inconsistência e a inviabilidade de se sustentar a dualidade entre “casos fáceis” (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*).²⁰⁸

Tais questões possuem grande importância, especialmente quando observamos o Direito praticado em outros países de “famílias jurídicas” distintas, vale dizer, quando estamos a comparar/contrastar institutos do “*common law*” e da “*civil law*”.

²⁰³ BORGES, Jorge Luis. **O Livro de Areia**, p. 80.

²⁰⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007, p 114.

²⁰⁵ STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**, p 148-150.

²⁰⁶ STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**, p 145.

²⁰⁷ STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**, p 144-146.

²⁰⁸ Observa Lenio Streck que “a guinada hermenêutica sofrida pelo direito em tempos de efetivo crescimento do papel da jurisdição – mormente a jurisdição constitucional – acentuou a preocupação em torno da necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, uma vez fracassadas as experiências exegetico-subsuntivas-positivistas e as tentativas de controlar os sentidos através de operações lógico-analíticas. As diversas concepções sobre como interpretar e como aplicar têm como objetivo discutir as condições para a construção de respostas com um adequado grau de racionalidade, evitando arbitrariedades. A construção de racionalidades discursivas implicou a substituição da razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação (a teoria do discurso habermasiana, nesse sentido, é também uma teoria da argumentação). Isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do direito. Em outras palavras, ao deslocarem o problema do direito para o discurso e a argumentação, determinadas teorias do direito deixaram de lado o mundo prático, é dizer, o modo-de-ser-no-mundo. Ocorre que, desse modo, se deixou de lado a dupla estrutura da linguagem, confundindo-a com a cisão entre *easy* e *hard cases* (casos fáceis e casos difíceis), em que os primeiros seriam produtos de ‘meras’ deduções/subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido”. cfr.: STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**, p 67-91.

O uso do precedente está vinculado ao *Common Law*, sendo sugestiva, aliás, a referência crítica datada de 1835, que reflete tentativa de uso da experiência (considerada em sua dimensão temporal) como aprendizado, expandindo seu conteúdo não apenas através das fronteiras inexistentes do *Common Law*, mas para qualquer atividade humana:

A *Common Law* é, de fato, um monumento de opiniões, erros, conhecimento e ignorância de todos os períodos da sociedade; ele escorreu abaixo no fluxo do tempo, acumulando, como um rio caudaloso, e levando junto vestígios da aprendizagem e da ignorância, loucura e sabedoria, de todas as eras, através do qual passou²⁰⁹.

Buscamos realizar uma abordagem sobre o precedente no Direito da família do “*common law*”, com especial destaque para sua aplicação nos Estados Unidos, incursionando sobre as advertências acerca da “teoria do transplante ou empréstimo das ideias jurídicas”, consciente de transitar entre os muros constituídos entre aqueles que superestimam e aqueles que subestimam as diferenças/semelhanças entre o “*civil law*” e o “*common law*”.

Após, realiza-se uma análise acerca dos temas jurídicos que gravitam em torno do “precedente”, do “*stare decisis*”, da “*ratio decidendi*”, do “*obiter dictum*”, do “*overruling*”, do “*prospective overruling*”, do “*distinguishing*”, do “*narrowing*”, do “superprecedente”, do “*super-duper-precedent*” e do “*bedrock precedent*”, de modo a observar como estes temas são refletidos a partir da realidade do “*common law*”, nos marcos desta pesquisa.

1.2. O Direito Comparado²¹⁰ e as “Famílias Do Direito”: As Advertências de Jerome Frank e Célio Borja.

Conforme recordado por Arnaldo Godoy “não se conhece um esperanto jurídico”²¹¹, e Jerome Frank recorda uma interessante passagem haurida de um contato com seus alunos,

²⁰⁹ Tradução livre nossa. Confira-se a exata referência ao original em inglês do século XVII: “*The Common Law is, in fact, a monument of the opinions, errors, knowledge, and ignorance of every period of society; it has flowed down the stream of time, accumulating like a mighty river, and carrying along vestiges of the learning and ignorance, folly and wisdom, of every age through which it has passed.*”. Sem os destaques no original. Cfr.: WADE, John. **The Black Book: An Exposition of Abuses in Church and State, Courts of Law, Municipal Corporations, and Public Companies**. London: Effingham Wilson, Royal Exchange, 1835, p. 320. Disponível em: <http://www.davidmhart.com/liberty/EnglishClassicalLiberals/Wade/Wade_1835BlackBook-bw.pdf>, acesso em 19.06.2014.

²¹⁰ Não se desconhece a crítica realizada à expressão “Direito Comparado”, e a sua referência aqui serve de indagação provocativa: qual seria a melhor expressão para se referir a tal “fenômeno”?

²¹¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário Internacional Contextualizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 9.

referindo-se a Fausto, de Goethe: “todos os Direitos e Leis, todavia, se transmitem como uma eterna enfermidade da raça, adaptados de geração em geração, e propagando-se de um lugar para outro”²¹².

Jerome Frank faz notar que se considerarmos o “Direito” como uma enfermidade, não apenas devemos reputá-la como hereditária, mas também como contagiosa, e que a recepção de um Direito estrangeiro é a consequência de uma espécie de contágio. A admiração por um suposto “melhor Direito” é tão grande que o país que o recebe não se precave de suas deficiências em seu país de origem²¹³.

O fato de os juristas do direito civil continental (*civil law*) manejarem códigos induziu alguns “ingênuos juristas” - afirma Jerome Frank - a crer que o direito do “*common law*” se diferencia fundamentalmente em face do uso das decisões dos tribunais como precedentes. No entanto, ainda conforme Jerome Frank, juristas mais refinados sabem perfeitamente que tal diferença sempre foi muito exagerada. Este autor relembra um episódio significativo:

Recordo um destacado jurista alemão que me visitou nos anos 20, quando todavia, me dedicava ao exercício da advocacia. Me perguntou a explicação sobre como utilizamos nossos livros de Direito. O levei a biblioteca de nosso escritório e lhe mostrei os repositórios dos Tribunais e o ‘West Digest’. Com desdém ele me perguntou: ‘Você quer me dar a entender que para contestar uma manifestação deve ler todas as opiniões emitidas pelos Tribunais?’ Falou como se fôssemos completamente bárbaros. De maneira cândida, lhe redargui: “E como fazem vocês?” Ele respondeu: “Como? Nos basta olhar o Código”. Insisti: “Isso é tudo?”. Ele respondeu: “Bom, também consultamos comentários”. “E nunca as decisões judiciais?” Insisti uma vez mais. E a resposta: “Ah, claro, evidentemente que também.”²¹⁴

Deve-se evitar a ingenuidade, como na advertência de Jerome Frank, pois a distância entre dois sistemas de direito como o “*civil law*” e o “*common law*” pode ser bem menor do que as aparências sugerem, embora seja possível observar peculiaridades inerentes a cada um

²¹² FRANK, Jerome. **La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”**: Algunas reflexiones sobre el Derecho ‘comparado’ y ‘contrastado’. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1957, p. 90-91.

²¹³ FRANK, Jerome. **La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”**, p. 90-91.

²¹⁴ Trata-se de tradução livre do Espanhol para o português: cfr.: FRANK, Jerome. **La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”**, p. 94.

deles. Aliás, tal questão já foi observada de certa forma por Lênio Streck e Georges Abboud.²¹⁵

Vale recordar que em 1929 John Wigmore elaborou a famosa pergunta: alguém já viu um mapa do mundo do Direito? A pergunta, que parecia inusitada à época, hoje pareceria natural. Ele mesmo mapeou, em proposta de sistematização, ao todo, 16 sistemas de direito distintos, embora tenha reconhecido remanescerem à época apenas 8: Chinês, Hindu, Japonês, Germânico, Slavo, Maometano, Românico e Anglicano. Alegou que um sistema de direito deve ter as seguintes características²¹⁶: “um corpo de normas acerca das instituições elementares da vida social, criadas pelo pensamento de uma classe profissional e conectada por uma espécie de unidade corpórea por uma certa consistência lógica e social”.²¹⁷

Observe-se que o “*civil law*” e o “*common law*” nasceram de circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de diferentes tradições jurídicas, definidas por conceitos e institutos próprios²¹⁸. Contudo, existem similitudes e diferenças entre o “*civil law*” e o “*common law*”, uma vez que, ao contrário do que transparece, desde seus primórdios as duas tradições não ficaram totalmente alheias as influências um do outro²¹⁹. Mais do que isso, pesquisas sérias sobre as explicações de desenvolvimento de um específico instituto jurídico, que reconstrua a lógica pela qual ele se desenvolveu de determinada maneira está na base da reflexão para qualquer contraste.²²⁰

A propósito, a expressão “*stare decisis*”, que também será abordada, advém do vocábulo latino “*stare decisis et non quieta movere*” e seu significado radica em manter as decisões e não alterar questões já definidas²²¹, vale dizer, continuar com as coisas decididas

²¹⁵ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, p. 27-32.

²¹⁶ WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. **Geographical Review** Vol. 19, No. 1, Jan, 1929, 114-120.

²¹⁷ A tradução é nossa, e o original menciona: “*A system of law is a body of rules covering the elemental institutions of social life, developed by the thought of a professional class, an connected into a sort of corporeal unity by a certain logical and social consistency*”. WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. **Geographical Review** Vol. 19, No. 1, Jan., 1929, 114-120.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p 23.

²¹⁹ Confira-se as referências comparativas de similitudes e diferenças em: STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27-32.

²²⁰ John Wigmore fornece uma pista interessante. Menciona que apenas a cuidadosa análise histórico-comparativa, aliada a outros fatos, podem revelar as respostas para determinadas questões, como por exemplo, o quanto a poligamia, em termos de ordem regular da vida social, teria sido influenciada por condições tropicais? Ou, o quanto as questões geográficas influenciaram nas questões de herança? A propósito, menciona que a regra inglesa de primigênia masculina sobre a terra, teria influído no fato de que vários filhos jovens e vigorosos fossem procurar sua fortuna em outro lugar, tendo sido uma das principais causas de crescimento do império colonial inglês, bem como da expansão do sistema legal anglicano, embora seja um enigma a afirmação de que esta regra de primigênia masculino efetivamente tenha, ainda que de maneira involuntária, estreitado os limites da ilha, inculcando a indivisibilidade dos estados, junto com outros fatos geográficos. Cfr.: WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. **Geographical Review** Vol. 19, No. 1, Jan., 1929, p. 116.

²²¹ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha, revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67.

e não mover as coisas quietas, em um contexto no qual o *stare decisis* não é sinônimo de “doutrina dos precedentes”, embora ambas tenham o desenvolvimento histórico como elemento fundamental para sua consolidação.²²²

Como afirmado por Arnaldo Godoy, a comparação das várias famílias do direito, e a do Direito Constitucional em particular, problematiza a tese de que “a sociedade se vê refletida no direito”, e documentos constitucionais que vicejam pelo mundo reproduzem “ideário único”, com matriz racional, iluminista e oitocentista, que eventualmente comportam divergência em padrões culturais em que estejam envolvidas:

Concepções localizadas, referentes a influências teológicas, sociológicas e antropológicas seriam irrelevantes para textos constitucionais prenhes de retórica de racionalidade, de direitos humanos e de conquista de liberdades, que nada servem para seus destinatários, na maioria absoluta das circunstâncias concretas pesquisadas. E não se trata de ingênuo retorno à concepção da constituição folha de papel, anunciada no constitucionalismo romântico de Ferdinand Lassalle.²²³

Dois são os cuidados contemporâneos que se deve ter ao analisar o “Direito Comparado”, muitas vezes associado a uma abordagem da “evolução” da “História do Direito”, quais sejam, observar os i) perigos e as ii) sutilezas da realização do “salto de tigre” expresso na XIV “Tese Sobre o Conceito de História” de Walter Benjamin²²⁴, pois o “Direito e a História” - muitas vezes - podem manter uma relação equivocada, legitimadora e apologética²²⁵, devendo ser reconhecida, ainda, uma extrema dependência, com forte apego ao passado por parte dos profissionais do Direito.²²⁶

Na realidade, a prática do Direito, dentre todas as profissões, é a mais orientada historicamente, pois venera a tradição, o precedente, o “pedigree”, o ritual, o costume, práticas antigas, textos antigos, terminologias imbuídas de arcaísmo, maturidade, sabedoria, antiguidade, gerontocracia e cuja interpretação é concebida como um método de recuperação da história.²²⁷ Cite-se o “salto do tigre” de Benjamin, que busca no passado atacar uma vítima “presenteizando-a” ao bel prazer do predador:

A história é objeto de uma construção cujo lugar não é o tempo homogêneo e vazio, mas um tempo saturado de “agoras”. Assim, a Roma antiga era

²²² STRECK, Lenio. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, p. 33-44.

²²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Safe, 2006, p.13.

²²⁴ BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: Ensaio sobre literatura e história da cultura**. Ensaio sobre literatura e história da cultura. Trad. Sérgio Paulo Rouanet, 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 229-230.

²²⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e História: Uma Relação Equivocada**. Londrina: Edições Humanidades, 2004, p.13-22.

²²⁶ POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press, 2001, p. 145-169.

²²⁷ POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**, p. 145.

para Robespierre um passado carregado de “agoras”, que ele fez explodir do *continuum* da história. A Revolução Francesa se via como uma Roma ressurreta. Ela citava a Roma antiga como a moda cita um vestuário antigo. A moda tem um faro para o atual, onde quer que ele esteja na folhagem do antigamente. Ela é um salto de tigre em direção ao passado.²²⁸

A discussão de tais questões é inadiável em tempos de elaboração dos novos Códigos de Processo Civil e Penal²²⁹, cuja expressa adoção da expressão “Precedente” oriunda do *common law* tem expressivas implicações práticas, teóricas e filosóficas, aptas a atingir em cheio a atividade dos profissionais do Direito, e principalmente o cotidiano do cidadão e da cidadã jurisdicionados.

Para que se tenha uma ideia, basta mencionar que o ora vigente Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) contém a previsão do artigo 3º (interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito) que permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, cujo caso mais recente e notório foi o reconhecimento da aplicação do artigo 191 do CPC de 1973 ao Processo Penal na notória Ação Penal 470 no STF.

Registre-se ainda, a propósito, que o atual projeto de Código de Processo Penal repete a fórmula, com uma notável diferença: no art. 6º do Projeto, que prevê que a “lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, porém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais”, ou seja, permite a ampliação em caso de analogia e interpretação extensiva.

Conforme as observações de Lenio Streck, no âmbito de formação jurídica, um dos problemas cruciais seria o fato de que a dogmática jurídica que se trabalha em sala de aula, e também reproduzida em larga escala na maioria dos manuais, considera o Direito meramente uma racionalidade instrumental, e neste sentido, o jurista acabaria sendo – a um só tempo – “cronofóbico” e “factumfóbico”: o tempo e a facticidade acabariam sendo seus maiores inimigos.²³⁰

Portanto, é de fundamental importância uma análise sobre o uso de técnicas processuais hauridas em outros países, especialmente se se busca importar tais técnicas para o ora vigente ordenamento jurídico brasileiro. Importa observar as preocupações contidas na substancial maioria das pesquisas e relatórios dos trabalhos apresentados e publicados no

²²⁸ BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**, p. 229-230.

²²⁹ Confira-se o Projeto de Lei do Senado - PLS nº 156/2009, e Projeto de Lei – **PL nº 8.045/2010 na Câmara dos Deputados**.

²³⁰ STRECK, Lenio. À guisa de apresentação – O Lugar da Decisão Judicial: Interpretar para compreender ou Compreender para Interpretar?, in: MARRAFON, Marco Aurélio. **O Caráter complexo da decisão em matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xv.

XVIII Congresso Internacional de Direito Comparado, ocorrido em 2010, cujo tema fora “Cultura e transplantes jurídicos”, preparado pela “*Isaidat Law Review*” para a “*Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato*” - (SIRD).²³¹

São basicamente 33 (trinta e três) pesquisas em forma de relatório, oriundas do labor de pesquisadores que relatam as realidades e experiências de tantos e distintos locais (Estados Nação e Estados Federados), mais especificamente os a seguir mencionados na ordem em que aparecem na publicação: Estados Unidos da América, Argentina, Austrália, França, Holanda, Bélgica, Brasil, China, Croácia, Dinamarca, Inglaterra, País de Galles, Países de Direito Nórdico²³², Alemanha, Grécia²³³, Hong Kong, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Texas e Louisiana, Macau, Peru, Polônia, Québec, República Tcheca, Romênia, Federação Russa, Escócia, Sérvia, Síria, Tunísia, Turquia e Venezuela.

O conceito do empréstimo de ideias (*concept of borrowing ideas*), familiar aos juristas, é estudado a partir da conceituação de Alan Watson como o movimento de uma regra ou de um sistema de direito de um país para outro, ou de um povo para outro, mas há um risco de não adaptação entre o transplante e o transplantado com possibilidades de falhas no processo²³⁴.

De modo mais sistematizado, a expressão “transplante jurídico”, ligada umbilicalmente ao “empréstimo de ideias” acima mencionado, pode ser sumarizada - em forma de “processo”, da seguinte maneira:

- 1) o Direito, tal como estabelecido na legislação e nos julgamentos, deve ter um claro significado de modo a poder ser destacado e movido de uma cultura legal para outra;
- 2) o Direito (Legislação e julgamentos) deve ter sido criado para resolver problemas que têm um propósito funcional, ou seja, para tratar problemas que são compartilhados por uma ou mais culturas jurídicas;
- 3) Deve ser possível criar um “mega-sistema” de direito através da sociedade, concentrando-se no propósito funcional do Direito para o

²³¹ CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

²³² A expressão original contida na publicação refere-se a “*nordic law*”, para se referir aos vários países, basicamente Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia, e territórios ditos associados, como as Ilhas Faroé, Groenlândia.

²³³ A expressão original contida na publicação refere-se ao “relatório nacional do Direito Helênico” (*rapport national hellénique*) motivo pelo qual optou-se pela utilização do termo “Grécia”.

²³⁴ PARISE, Agustín. Legal transplants and codification: exploring the north american sources of the civil code of argentina (1871), in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010, p. 1-2.

benefício de outras instituições jurídicas que sejam funcionalmente comparáveis;²³⁵

Neste sentido, a inescapável pergunta elaborada por J. Gibson: “quando, como e porque, legisladores, governantes e juízes devem tomar emprestadas instituições jurídicas e Direito estrangeiro?”²³⁶.

Não existem respostas prontas, e o autor acima relata muito da evolução histórica da experiência australiana a partir de uma peculiar colonização inglesa, mas conclui seu ensaio de maneira “sardônica”, buscando inspiração no discurso de Deng Xiao Ping, na famosa descrição do sistema político Chinês como sendo um tipo de “socialismo com características chinesas”.²³⁷

Tal gancho argumentativo serve para J. Gibson afirmar que houve significativa alteração no Direito australiano, no que ele chamaria de “*common law* com características australianas”, e que como na inspiração chinesa, tais questões não alterariam a substância sobre a qual o sistema inteiro descansa.²³⁸ Será mesmo? Uma crítica que aparece em outra análise, a partir de abordagem histórica e pragmática, é a de que algumas vezes é mais fácil copiar os outros do que criar algo novo por si mesmo.²³⁹

Existem sérios desafios e críticas para uma tentativa aproximativa das várias e distintas “famílias legais”, mas também, conforme mencionado por Jaakko HUSA, uma nova tentativa de reclassificação e de reagrupamento, nos quais algumas mudanças devem ser esperadas, não obstante, em uma análise “macro comparativa” do Direito, restará apenas uma alternativa, qual seja, a constante necessidade de mais investigação e tentar renovar o velho, pois a chamada “*living law*” requer também uma “classificação igualmente viva” ou, na dicção de Heráclito: “tudo flui, nada fica parado”²⁴⁰.

Parece então importante refletir sobre o que vem sendo chamado de “Americanização do Direito” conforme as observações de Luís Roberto Barroso, embora sua leitura quanto a esse tema seja otimista, na qual se ressalta o aspecto do “constitucionalismo”: “O fenômeno referido como constitucionalização do Direito, no qual se inserem a aplicação

²³⁵ GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system, in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010, p. 67.

²³⁶ GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system, p. 67-114.

²³⁷ GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system, p. 114.

²³⁸ GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system, p. 114.

²³⁹ HEIRBAUT, D; GERKENS, J.F. In the shadow of France. Legal acculturation and legal transplants in the southern Netherlands/Belgium, in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010, p. 149.

²⁴⁰ HUSA, Jaakko. Legal Families. **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, pp. 382-393, Jan M. Smits, ed., Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006.

direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais”²⁴¹.

Mas parece haver mais complexidade do que isso. A propósito, o professor e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Célio Borja, em depoimento prestado sobre os 70 (setenta) anos da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1935-2005), mencionara sua preocupação com a “adoção da doutrina do precedente da *common law*, ou seja, a introdução no Brasil da ciência do direito anglo-americano”²⁴². Eu suas palavras:

Nós somos de formação romanística, nós somos da *civil law*. Não somos *common law*. E agora está se dando valor fundamental, tanto na formulação na regra de direito, como na interpretação dela, ao precedente judicial. Pretende-se que ele responda a todas as indagações ou às principais indagações do intérprete e do aplicador do direito. E mais: entende-se que o direito não está na lei feita pela representação nacional mas no que os ingleses e americanos chamam de *rule of law*, ou da *ratio decidendi* da sentença. É preciso chamar a atenção dos responsáveis, que são os que ensinam, pesquisam e estudam, para o que isso implica. É prerrogativa, claro, de cada geração, escolher o seu caminho. Mas existem umas pré-condições para que o precedente seja fonte de produção da lei. E a primeira delas é aprender a trabalhar com os métodos que o precedente judicial reclama. E o principal método do precedente judicial é a analogia. E nós não aprendemos a trabalhar com analogia. Se você perguntar a 90% dos advogados brasileiros o que é analogia, eles não sabem responder²⁴³.

Como visto, a principal queixa acima antevista é a da formação jurídica e do alegado despreparo para a utilização de uma das principais técnicas do precedente, a analogia, importante, como será visto no decorrer do texto, para o manejo da técnica do “*distinguishing*”, do “*overruling*”, do “*prospective overruling*”, etc.

Em suma, ficamos entre as advertências de Jerome Frank e Célio Borja, respectivamente, de que podem existir mais semelhanças entre o *civil law* e o *common law* do que eventualmente podemos suspeitar, e de que não obstante, transitar entre um e outro sistema exige método peculiar decorrente de sua adoção, ao qual o jurista não pode ficar alheio.

²⁴¹ BARROSO, L. R. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, v. 59, p. 13-56, 2010.

²⁴² BORJA, Célio. [Depoimento] **Setenta Anos de História & Memória (UERJ)**, 1935-2005. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depCB.htm>>, acesso em: 06.04.2014.

²⁴³ BORJA, Célio. [Depoimento] **Setenta Anos de História & Memória (UERJ)**.

1.3. O Precedente no Direito Comparado: *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Stare Decisis

Conforme observado por T. Ellis Lewis, em seus 4 clássicos artigos de década de 1930, sobre a “história do precedente judicial”, a doutrina do precedente está intimamente vinculada com a história das publicações dos repositórios, convenientemente divididos em 4 períodos: **1)** 1290-1535 (Year Book period), **2)** 1535-1765 (período de Plowden e Coke, **3)** 1765-1865 (período dos repositórios autorizados), e, **4)** 1865 – aos dias atuais [referia-se a 1930] (período moderno)²⁴⁴.

De uma maneira geral, o sistema do *common law*, como aplicado nos Estados Unidos, baseia-se na chamada “doutrina do precedente” segundo a qual os juízes utilizam decisões adotadas em casos pretéritos (precedentes) para decidir novos casos que apresentem fatos “similares” e levantem questões legais semelhantes, baseando-se primordialmente no chamado “*stare decisis*”, que é uma locução latina derivada da frase “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, não mexa nas questões já decididas²⁴⁵.

Entretanto, existem diferentes significados acerca do chamado “*stare decisis*”, como recordam Rupert Cross e J. W. Harris na clássica obra sobre o assunto (*Precedent in English Law*), afirmando-se preferência pelo conceito “ortodoxo” geralmente admitido de *stare decisis*, e que eles adotam na referida obra, a qual encontra-se vinculada ao fragmento que expressa a seguinte locução: “*stare rationibus decidendis*” ou “atenha-se às razões de decidir dos casos anteriores”.²⁴⁶

Foram duas as condições que pautaram o nascimento da “moderna doutrina do *stare decisis*”. Primeiro, que houvesse uma hierarquia estabelecida dos tribunais, para que se soubesse quais decisões vinculavam a quem. Segundo, o agrupamento e publicação confiável das decisões, recopilações confiáveis dos casos.²⁴⁷

Conforme já se assinalou, “o núcleo da doutrina do *stare decisis* é o precedente”, e três palavras seriam cruciais para o *stare decisis*, quais sejam: algo “prévio”, “vinculante” e

²⁴⁴ LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent I, 46 *Law Quarterly Review* 207, 1930. p. 207; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent II, 46 *Law Quarterly Review*, 341, 1930; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent III, 47 *Law Quarterly Review*, 411, 1931; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent IV, 48 *Law Quarterly Review* 230, 1932.

²⁴⁵ FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano*, p. 68.

²⁴⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Trad. M^a Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 127.

²⁴⁷ SESMA, Victória Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 25.

a “casos parecidos”, expressões que seriam verdadeiro “centro de um conceito de *stare decisis*”²⁴⁸.

Entretanto, precedentes não se confundem com “direito jurisprudencial”, conforme também referido por Hermes Zaneti Junior, pois os precedentes “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”²⁴⁹.

Os Estados Unidos utilizam basicamente o chamado “*case-law*”, e existe uma anatomia básica e necessária em termos de distinção, vale dizer, para eles uma opinião judicial pode ser dividida em 6 partes: 1) Informações Básicas sobre o caso, 2) Fatos Materiais, 3) Histórico Processual, 4) Questões Legais, 5) *Holding*, e, 6) *Rationale*.²⁵⁰

Neste sentido, as informações básicas sobre um caso (1) devem trazer a jurisdição e/ou hierarquia da Corte que emitiu a opinião e a data de sua prolação. Os fatos materiais (2), por sua vez, são os elementos fáticos pormenorizados, considerados importantes e que servirão para os termos de comparação (*distinguish*).²⁵¹

A seu turno, o chamado histórico processual/situação processual (3) refere-se aos procedimentos utilizados e que levaram à situação atual a qual se está analisando, ou mais precisamente, a resposta à pergunta: o que aconteceu desde que o litígio teve início, qualificando os títulos processuais das partes (querelante/querelado, apelante/apelado).²⁵²

As questões legais (4) são aquelas que a corte apresenta, ou é chamada a apresentar, geralmente precedias pela seguinte locução: “A questão perante esta Corte é...”, ou seja, um sumário racional do problema central em debate.²⁵³

Lado outro, a denominado “*holding*” (5) de um caso é a resolução de uma questão legal, e deve ser determinado a partir da análise dos fatos materiais, da decisão da corte e da motivação do juízo. A “*holding*” refletirá uma “*rule*”, e será fundamento de casos futuros.²⁵⁴

Por fim, a chamada “*rationale*” (6) é a explicação da Corte para a sua “*holding*”, e nela está presente a “*ratio decidendi*”, ou seja, as razões de decidir, para cada uma das

²⁴⁸ LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

²⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código De Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de Racionalidade e a Negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no brasil. **Revista de Processo**, vol. 235, 2014, p. 5.

²⁵⁰ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 68.

²⁵¹ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 68.

²⁵² FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 68.

²⁵³ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 68.

²⁵⁴ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 68.

questões decididas, respondendo às perguntas sobre: porque a corte chegou a uma determinada decisão? Em que foi baseada a decisão (normas positivas – *statute*)? Se a corte considerou o precedente vinculante ou persuasivo.²⁵⁵ São mencionadas com frequência algumas explicações racionais para a adoção do “*stare decisis*” no modelo americano, como: a) previsibilidade, b) justiça, c) eficiência judiciária, d) integridade do sistema judicial, e, e) processo de tomada de decisões consciencioso²⁵⁶.

Não obstante, observe-se que há contundente argumentação no sentido de que seria um equívoco sustentar que a adoção vinculativa dos precedentes seria garantia de segurança jurídica, conforme sustentado por Juraci Mourão Lopes Filho, com base em Hart, pois “se a segurança jurídica se resumir a previsibilidade de resultados em razão de um enunciado preestabelecido, os precedentes não estão em posição melhor do que as leis para garanti-la”.²⁵⁷

Para tanto, menciona que as “lições de Hart, nesse ponto, são definitivas, pois aplica sua ideia de textura aberta tanto para regras quanto para precedentes”, e que “será inevitável, em várias situações, uma zona de incerteza para o intérprete”, e conclui:

Trocar a lei pelo precedente pode parecer uma inovação no Brasil, onde até há pouco o assunto não havia sido considerado mais detidamente; entretanto, países já habituados ao seu uso não mais se iludem com a perspectiva de que sejam provimentos jurisdicionais mais eficientes para uma predeterminação de resultados, mesmo porque possuem os próprios problemas nesse tocante. Dworkin bem denuncia uma dificuldade ínsita ao *judge made law*: quando um juiz modifica uma linha jurisprudencial, quando realiza um *distinguish* ou julga um caso de *first impression*, o sucumbente é apenado não por causa do direito existente quando da prática do ato, mas em razão do direito fixado no instante de sua derrota, ou seja, a *posteriori*.²⁵⁸

Observamos que a segurança jurídica é o fundamento do Direito, e “objetivo a ser perseguido como forma de realização do próprio Direito”, onde podemos observar a segurança jurídica como sendo “uma situação de estabilidade do ordenamento, não sujeito a modificações realizadas de forma inesperada, e que permita ao jurisdicionado o exercício de um razoável controle de expectativas de comportamento”, em razão de decisões judiciais previsíveis, muito embora seja “impossível supor a total estabilidade do direito jurisprudencial”.²⁵⁹

²⁵⁵ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 68.

²⁵⁶ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**, p. 77-78.

²⁵⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 113-130.

²⁵⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 114.

²⁵⁹ NUNES, Jorge Amauri Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

As luminosas páginas de Jorge Amaury Maia Nunes (Segurança Jurídica e Súmula Vinculante) nos demonstram que “o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico”, não importando qual seja a escola jurídica de que se está a falar, pois “sempre a segurança jurídica informará o Direito”, como princípio (razão fundante), sendo certo que o que poderá variar é a “extensão e a densificação que se possa dar ao princípio”.²⁶⁰

Sobre esse tema, importante refletir sobre recente livro publicado por Luiz Guilherme Marinoni, que busca explicação em Max Weber, a partir das reflexões sobre “a ética protestante e o espírito do capitalismo” para tentar compreender “os motivos pelos quais, apesar da evolução do nosso direito, muitos convivem com naturalidade com um direito incoerente e com um sistema despido de racionalidade, incapazes de propiciar” tanto a liberdade, quanto a previsibilidade e a igualdade.²⁶¹

Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni acerca deste raciocínio que invoca o desenvolvimento religioso e sua influência no modo do ser do ordenamento jurídico do *common law*:

O *common law* inglês, visto por Weber como um direito destituído de racionalidade formal fundamentalmente por não permitir a generalização e a abrangência, converteu-se num direito previsível mediante o *stare decisis*, o que serve para evidenciar apenas que esse não se confunde com o *common law*, mas especialmente para esclarecer que os ‘precedentes obrigatórios’ se tornaram necessários na medida em que o direito se afasta da calculabilidade.²⁶²

O raciocínio desenvolvido pelo autor menciona que alguns fatores teriam levado a perda de previsibilidade do ‘*civil law*’, a partir do impacto do constitucionalismo, e ainda, da utilização cada vez mais difundida das chamadas cláusulas gerais e da evolução da teoria da interpretação. Assim, não obstante tal questão, afirma-se que o novo perfil do ‘*civil law*’ pode “se compatibilizar com uma ordem jurídica coerente e com a distribuição racional da justiça”.²⁶³

²⁶⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**, p. 87.

²⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni busca demonstrar – a partir da ideia de Weber sobre direito racional, que a racionalidade jurídica formal (que seria própria ao direito continental europeu de fins do séc. XIX e início do séc. XX, teriam tido um “nítido componente da ‘ética protestante’, mais claramente dos valores calvinistas – que, como é sabido, também estiveram presentes na Revolução Inglesa de 1866 (a Revolução Gloriosa) e, logo depois, à base da criação da Constituição dos Estados Unidos. Os valores religiosos que determinaram o modo de vida do protestante, que propiciou o desenvolvimento do capitalismo, exigiram um direito racional e previsível, expresso na abrangência e na clareza organizacional peculiares ao positivismo científico ou ao conceitualismo alemão do início do século XX.” cfr.: MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: Justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 12-15.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**, p. 13.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**, p. 14.

Especialmente porque deve-se ressaltar nesta discussão o impacto dos valores do catolicismo tridentino sobre a colonização brasileira, e ainda, especialmente, o conceito weberiano de patrimonialismo a partir da ótica de Sérgio Buarque de Holanda, o que demonstraria o seu significado na relação do brasileiro com sua administração (pública). Alega-se, neste sentido, que o “patriarcalismo” e o “patrimonialismo”, como traços particulares da formação de nossa cultura, teriam dado origem ao conceito buarqueno de “homem cordial”, que seria aquele sujeito acostumado ao “ambiente íntimo” e à “troca de favores da família”, que transforma o espaço público em privado, “e exatamente por não poder suportar a impessoalidade e a racionalidade, também vê a lei como algo que deve ser contornado mediante o auxílio do “funcionário patrimonial”, qual seja, aquele tipo de funcionário que atua na administração pública (ou da justiça) exclusivamente para se beneficiar.²⁶⁴

De certa forma é o mesmo tipo de análise empreendida por José Rodrigo Rodriguez que reflete a abrangência do ideário de Gilberto Freyre (Casa-Grande & Senzala), Mario de Andrade (Macunaíma), Raymundo Faoro (os Donos do Poder), passando por Roberto DaMatta e Roberto Schwartz, e, evidentemente, sobre Sérgio Buarque de Holanda, para ressaltar que este último, nos capítulos finais de Raízes do Brasil retoma o conhecido mito de Antígona, que supostamente retrataria o “drama” do direito brasileiro. Alega-se:

se (...) o drama grego fosse efetivamente montado no Brasil, é provável que ele não encontrasse os pressupostos sociais que o fariam soar como um drama: Antígona encontraria aqui um coveiro amigo que daria um jeitinho de introduzir clandestinamente o corpo de seu irmão nos muros do cemitério, evitando o confronto aberto com as leis da pólis. Tudo isso, pelo preço de uma cervejinha... Condenados à comédia, resta rir de nós mesmos.²⁶⁵

São abordagens especulativas válidas, mas reclamam a realização “comparativa” de uma avaliação crítica e sociológica sobre as sociedade Norte-Americana, que não é perfeita, convive com corrupção, desmandos, manipulação e a disputa ideológica entre Republicanos e Democratas em uma guerra cultural travada através da mídia e mesmo da Suprema Corte para prevalência/imposição/afastamento de valores culturais da sociedade.²⁶⁶

Interessante também a abordagem de Juraci Mourão Lopes Filho que se aproxima da observação acerca do “que é precedente” a partir dos três níveis de análise dos vários níveis do Direito para “evitar um amestramento de juízes e operadores por um positivismo

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**, p.14.

²⁶⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 27-28.

²⁶⁶ Confira-se, a propósito: CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin and the Constitution. 17 **Green Bag** 2D, 2013; BORK, Robert. **The Supreme Court as an Agent of Modern Liberalism**. In: BORK, Robert. **Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline**. New York: harpers Collins, 2003, p. 96-121; BORK, Robert. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. New York: The Free Press, 1990.

judicial de cúpula”. Temos então, 1) o nível superficial do Direito positivo e sua dogmática estrita (*surface-structure level of law*), 2) o nível das estruturas profundas que se divide nos aspectos ideológico e propriamente teórico (*deep-structure of law*), e, 3) o nível infraestrutural que se compõe de elementos pré-jurídicos filosoficamente condensados e que influenciam o precedente (*infrastructure level of law*)²⁶⁷.

Conforme o mencionado autor, estes níveis interagem, e o critério definitivo para se apontar equívocos de abordagem seria a existências ou não de alinhamento entre os referidos níveis, que não são estanques, e nem se permite um isolamento absoluto, e o autor faz uma síntese, que considera importante no pensamento de Lênio Streck:

Na infraestrutura do Direito moderno, tem-se a filosofia alinhada à tradição ontológica, ainda que amenizadas com as críticas kantianas, que propõe o conhecimento cartesiano obtido pela razão reta. Têm-se bases epistemológicas que propõe um método racional de apreensão do objeto pelo sujeito, os quais são concebidos como coisas estanques (na expressão de Lenio Streck, esquema sujeito-objeto). Nessa perspectiva, somente pelo método científico seria possível obter o conhecimento adequado, porquanto afastaria as distorções advindas dos costumes ou tradições, mediante a formulação de postulados gerais e universalmente válidos.²⁶⁸

Com efeito, temos algumas peculiaridades no plano nacional, conforme denominado por Jefferson Carús Guedes como “precedentes nativos”, uma vez que os diversos modelos nativos de aproveitamento dos “precedentes”, criam uma espécie de mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho multifacetado amplia a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que “produz e transmite na aplicação do direito”²⁶⁹.

Devemos considerar como precedente “uma decisão jurisdicional”, mas não qualquer decisão, uma vez que ela deverá trazer um acréscimo de sentido, bem como exercer uma função mediadora entre a realidade e um texto, numa situação em que nem todo julgado pode ser considerado como um precedente, mas todo precedente será uma decisão judicial, eis que a definição de precedente “está ligada à ideia de possível utilização no futuro por trazer uma contribuição hermenêutica e facilitar a mediação entre lei (Direito em um sentido amplo) ou constituição e a realidade social em que se insere, mediante o fornecimento de experiência”²⁷⁰.

Neste sentido, “precedente “é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido

²⁶⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 132.

²⁶⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 132.

²⁶⁹ CARÚS GUEDES, Jefferson. **Igualdade e Desigualdade**, p. 163.

²⁷⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 281.

para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais)”, mediante a obtenção de renovados sentidos ou pela escolha de um sentido determinado em lugar de outros, ou mesmo o ingresso sobre questões não aprioristicamente tratadas por textos legislativos ou constitucionais²⁷¹.

Dito isto, cabe referir com Juraci Mourão Lopes Filho, que se baseia em Raimo Siltala, que “a identificação de qual ponto da decisão em que se deve buscar a *ratio decidendi*” é “algo fortemente influenciado pela teoria/ideologia que se tem do precedente”.²⁷²

Ratio Decidendi e Obter Dicta

Como observado por Thomas da Rosa de Bustamante “a grande questão a ser respondida por uma teoria descritiva dos precedentes judiciais é: ‘o que vale como precedente judicial?’”, ou melhor ainda, como este autor opta por uma “teoria normativa do precedente”, então para ele o problema passa a ser: “o que deve contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”. A *‘ratio decidendi’* é tida como “o elemento vinculante do caso a ser utilizado como paradigma”, embora a noção de *‘ratio decidendi’* e os critérios para sua determinação sejam algo ‘ainda’ bastante controvertidos.²⁷³

Para Neil MacCormick, “*ratio decidendi*” seria “a regra expressa ou implícita dada por um juiz, que é suficiente para estabelecer um ponto do direito colocado em questão nos argumentos pelas partes, em um caso, sendo um ponto no qual a regra foi necessária para sua justificação (ou uma de suas justificações alternativas) da decisão no caso”.²⁷⁴

Um denso artigo de autoria de Robert Scofield reconstrói a “luta” para a identificação da “*ratio decidendi*”. Menciona que na primeira metade do século XX houve uma explosão de interesse e debate dos juristas ingleses acerca da noção de “*ratio decidendi*” de um determinado caso. Cita-se uma plêiade de artigos mais significativos nesta discussão²⁷⁵, extraindo-se daí 3 questões principais. Em primeiro lugar, os juízes tentavam

²⁷¹ Conforme observa o mesmo autor, em complemento à conceituação: “Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 282.

²⁷² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 179.

²⁷³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

²⁷⁴ MACCORMICK, N. **Legal Reasoning and Legal Theory**, Clarendon Press, 2003, p. 215.

²⁷⁵ Seriam os seguintes os mais significativos artigos escritos em torno da “*ratio decidendi*”, na primeira metade do século XX: E.g. Arthur L. Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case” (1930) 40 *Yale Law Journal* 161; A. L. Goodhart, “Precedent in English and Continental Law” (1934) 50 *Law Quarterly Review* 40; Lord Wright, “Precedents”

compreender em quais casos de igual grau de jurisdição as decisões eram obrigatórias a eles, ou se possuiriam força de autoridade meramente persuasiva. Segundo, estavam se indagando acerca de como se determina a “*ratio decidendi*” nos casos em que juízes em tribunais (colegiados) emitem diferentes opiniões e pontos de vista, vale dizer, que tipo de “*ratio*”, se houver alguma, poderia ser derivada de cinco juízes distintos que atuam julgando um mesmo caso? Terceiro, seria a “*ratio decidendi*” plena de sentido e de utilidade conceitual em qualquer caso²⁷⁶?

Menciona-se que o primeiro caso parece ter sido resolvido, e que o segundo caso seria um problema mais da *commonwealth* do que Americano, tendo-se observado que já se sugeriu que as cortes de apelação inglesas deveriam seguir a prática americana de externar opiniões conjuntas para minimizar o problema, e que o terceiro caso teria sido resolvido por Arthur Goodhart, no famoso artigo “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*”²⁷⁷.

Existem três técnicas bastante conhecidas para localização da “*ratio decidendi*”: a teoria de Wambaugh, a teoria de Oliphant e a teoria de Goodart²⁷⁸.

O primeiro teórico (Wambaugh) menciona que a determinação da “*ratio decidendi*” ocorre pela inversão do sentido da proposição constante do respectivo julgado, vale dizer, se esta inversão implicar modificação do resultado da decisão, ela pode ser considerada efetivamente como razão de decidir, e em caso contrário, *obiter dictum*²⁷⁹.

Por sua vez, a teoria de Oliphant expressa a ideia de que a decisão de um caso seria o resultado de um determinado estímulo advindo dos fatos que desaguarão em um Tribunal, afastando a ideia de que o precedente judicial poderia ser considerado uma norma de tipo geral e abstrato.²⁸⁰

(1943) *Cambridge Law Journal* 118, [1942] *University of Toronto Law Journal* 247; J. L. Montrose, “The Language Of, and a Notation For, the Doctrine of Precedent” (1953) 2 *University of Western Australia Law Review* (Part I) 301, (Part II) 504; J. L. Montrose, “Ratio Decidendi and the House of Lords” (1957) 20 *Modern Law Review* 124; A. W. B. Simpson, “The Ratio Decidendi of a Case” (1957) 20 *Modern Law Review* 413; J. L. Montrose, “The Ratio Decidendi of a Case” (1957) 20 *Modern Law Review* 587; A. W. B. Simpson, “The Ratio Decidendi of a Case” (1958) 21 *Modern Law Review* 155; A. L. Goodhart, “The Ratio Decidendi of a Case” (1959) 22 *Modern Law Review* 117; Julius Stone, “The Ratio of the Ratio Decidendi” (1959) 22 *Modern Law Review* 597; C. J. Hamson, “Bell v Lever Bros” (1937) 53 *Law Quarterly Review* 118; J. H. C. M[orris], “The Authority of the Central London and High Trees Case” (1948) 64 *Law Quarterly Review* 28; R. E. Megarry, “The Authority of the Central London and High Trees Case” (1948) 64 *Law Quarterly Review* 29; J. H. C. M[orris], “The Authority of the Central London and High Trees Case” (1948) 64 *Law Quarterly Review* 193; R. E. M[egarry], (1948) 64 *Law Quarterly Review* 453.

²⁷⁶ SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s Concession: Defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *The King’s College Law Journal* 16 *KCLJ* (2005).

²⁷⁷ SCOFIELD, Robert G. **Goodhart’s Concession**.

²⁷⁸ ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 178.

²⁷⁹ ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**, p 178.

²⁸⁰ ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**, 2013, p 179.

De resto, a teoria de Goodhart propõe que a “*ratio decidendi*” seja extraída dos fatos ditos fundamentais (*material facts*) considerados pelo Juiz ou Tribunal, e da conclusão daí advinda quando da análise dos fatos, com a premissa principal de que casos iguais devem ser tratados de forma igualitária (*principle that like cases be treated alike*).²⁸¹

Existe uma tese de que a teoria de Goodhart sobre a “*ratio decidendi*” teria sido uma resposta para os dois maiores problemas intelectuais que agitavam a primeira parte do séc. XX, e que estariam vinculadas à inteligibilidade do conceito de “*ratio decidendi*”: a) Realismo Jurídico e o b) Positivismo Lógico, referindo-se que um terceiro e similar movimento teria surgido perante a ciência política: c) Behaviorismo²⁸². Alega-se que:

Goodhart tentou recuperar a noção de *ratio decidendi* fazendo uma enorme concessão aos realistas jurídicos, aos lógicos positivistas e aos behavioristas. Ele concedeu aos realistas jurídicos e aos behavioristas a pretensão de que o que os juízes dizem nas suas decisões judiciais não precisa ser tomado para explicar porque eles decidem os casos da maneira como eles decidem. E ele fez isso concedendo aos lógicos positivistas uma maneira de articular *rationes decidendi* com menos terminologia metafísica do que fora feita no passado²⁸³.

No entanto, aparentemente estamos diante de uma triste realidade, qual seja, a de que após séculos de investigações os juristas e os teóricos do direito ainda parecem estar à procura da maneira mais adequada de conceituar a “*ratio decidendi*”, e poderíamos mesmo referir que ela tem sido caracterizada de ao menos 11 maneiras distintas²⁸⁴, a partir de Pierluigi Chiassoni, tratadas em momento adequado.²⁸⁵

1.3.1. Distinção (*Distinguishing*) e Revogação (*Overruling*) do Precedente

Passo importante neste sistema é a utilização do chamado “*distinguishing*”, que é a distinção entre casos diferentes para o efeito de subordinação do caso sob análise, ou não, a um determinado precedente, e exige, como antecedente lógico, a perfeita identificação da “*ratio decidendi*” do precedente²⁸⁶. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, é necessário, “delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os

²⁸¹ ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**, 2013, p. 179.

²⁸² SCOFIELD, Robert G. **Goodhart’s Concession**.

²⁸³ Trata-se de tradução livre para o português: SCOFIELD, Robert G. **Goodhart’s Concession**.

²⁸⁴ CHIASSONI, Pierluigi. **The Philosophy of Precedent**, p. 13-33.

²⁸⁵ Importante observar que a partir da nota de rodapé nº 80 do livro de Lênio Streck e Georges Abboud chegamos ao conceito de Pierluigi Chiassoni, com quem entramos em contato, trocamos correspondências eletrônicas e passamos a pesquisar após estudar aquela obra no Grupo de Pesquisa “ISO – Justiça Processual e Desigualdade”, do PPG/UniCEUB, liderado por Jefferson Carús Guedes. Cfr. STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, p. 46.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 326.

fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão.²⁸⁷

Em outras palavras, o “*distinguishing*” demonstra a diferença ou semelhança das premissas fáticas entre os casos²⁸⁸. Embora a regra do “*stare decisis*” seja a de manter as decisões, fato é que elas não são eternas, e a Suprema Corte inclusive já mencionou que a doutrina do *stare decisis* “é de fundamental importância para a “legalidade material” (*rule of law*), (mas) nossos precedentes não são sacrossantos. Já sobreposamos decisões anteriores nas quais a necessidade e a propriedade de fazê-lo foram definidas”²⁸⁹.

Por outro lado, a manutenção de um precedente também invoca a realização de uma distinção comparativa, quando podemos mencionar a título de exemplo na Suprema Corte Americana o caso FCC v. Pacifica Foundation, 438 U. S 726 (1978) que foi reafirmado (mantido) nos casos FCC v. Fox Television Stations, Inc., U. S. 556 (2009) e FCC v. Fox Television Stations, Inc., U. S. 567 (2012), ou seja, mesmo um lapso de 34 anos permitiu a solidificação de um pronunciamento judicial.

Em reduzidíssima síntese, no caso de 1978, a rádio Pacífica transmitiu um monólogo de autoria do falecido comediante George Carlin, intitulado “*Filthy Words*” (palavras sujas)²⁹⁰, que foi ouvido por um pai que dirigia seu automóvel em companhia de seu filho menor, que reclamara perante o *Federal Communications Commission* (FCC), que considerou o monólogo “patentemente ofensivo”, embora não necessariamente obsceno, e a questão sobre o poder regulatório e sancionatório foi levado à Suprema Corte.

A Suprema Corte, por 5 votos à 4, considerou a transmissão indecente, decidindo não acolher a alegação de que o monólogo estava abrigado pela 1ª Emenda no que se refere a liberdade de expressão, adotando decisão de que se deve proteger de maneira especial as crianças, vulneráveis as transmissões radiofônicas, mantendo o poder regulamentar e sancionatório da FCC.

Nos dois casos posteriores (de 2009 e 2012), referentes a transmissão televisiva do Billboard Music Awards pela Fox Television Stations, discutiu-se o mesmo pano de fundo sobre o poder regulatório e sancionatório da FCC a partir de falas de apresentadores consideradas ofensivas, e a leitura dos respectivos acórdãos (*opinions of the court*) são uma excelente maneira de compreender a maneira pela qual a Suprema Corte Americana trabalha

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 326.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 326.

²⁸⁹ Confira-se o caso Ring v. Arizona, 536 U.S 584, 587 (2001).

²⁹⁰ A manifestação no monólogo de George Carlin traz uma verdadeira sátira sobre a filosofia da linguagem, com o instrumental do humor, e as 7 palavras que não poderiam ter sido transmitidas eram: “*Shit*”, “*Piss*”, “*Fuck*”, “*Cunt*”, “*Cocksucker*”, “*Motherfucker*” e “*Tits*”. Cf. ERENKRANTZ, Justin R. George **Carlin’s Seven Dirty Words**. Disponível em: <<http://www.erenkrantz.com/humor/sevendirtywords.shtml>>, acesso em 30.08.2014.

a comparação de casos, e a manutenção de “precedentes”. Neste último caso, de 2012, a “rule” da Suprema Corte foi tomada por 8 votos a 0, e a Juíza Sonia Sotomayor não tomou parte do julgamento, conforme pode ser lido a partir da opinião da Corte.

a) *Overruling*

Overruling é a revogação de um precedente realizado pela própria Corte, diferente do termo “*Override*”, que é a expressão utilizada sempre que o Congresso reage conscientemente a uma decisão da Suprema Corte, modificando-a, conforme as observações do clássico artigo de William Eskridge Jr.²⁹¹.

De certa forma, pontua-se a dificuldade que representa no sistema americano o ato de “emendar a Constituição Federal” para reverter uma decisão da Suprema Corte, algo feito em raras e pouquíssimas ocasiões pelo Congresso Americano (apenas 4 vezes na história), em contraste com o relativamente fácil meio de emendar um Ato do Congresso para os mesmos propósitos²⁹².

Tal fato conduz a uma prática na qual, - excetuados os Superprecedentes -, a interpretação judicial da Constituição tende a impor maior submissão que a interpretação judicial de leis federais em termos de revisão em subseqüentes decisões judiciais²⁹³.

No caso do *overruling*, a ação da Corte depende da confrontação adequada de seus requisitos básicos, que são, respectivamente, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, bem como também depende o *overruling* da não manutenção dos requisitos que ditam a preservação de um precedente, que são confiança justificada e a preservação contra surpresa injusta²⁹⁴. Os precedentes incongruentes recebem o nome de “*jagged doctriness*”, porque são controversos²⁹⁵.

²⁹¹ Conforme pontuado pelo autor: “A congressional “override” includes a statute that: (1) completely overrules the holding of a statutory interpretation decision, just as a subsequent Court would overrule an unsatisfactory precedent; (2) modifies the result of a decision in some material way, such that the same case would have been decided differently; or (3) modifies the consequences of the decision, such that the same case would have been decided in the same way but subsequent cases would be decided differently. With only a few exceptions, this Article will not use the term “override” to include statutes for which the legislative history—mainly committee reports and hearings—does not reveal a legislative focus on judicial decisions”. Cfr.: ESKRIDGE JR, William N. **Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions**, 101 *Yale L. J.* 331 (1991).

²⁹² TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 15-16.

²⁹³ TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**, p. 15-16.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 392.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 392.

b) Anticipatory Overruling

Há ainda a figura do chamado “*anticipatory overruling*”²⁹⁶, que significa uma verdadeira antecipação das Cortes de Apelação dos Estados Unidos em relação ao *overruling* dos precedentes da Corte Suprema Americana, ou em outros termos, a antecipação “a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”²⁹⁷ e cujo fundamento de existência encontra-se no **(a)** desgaste do precedente, **(b)** novas tendências das decisões da Suprema Corte, **(c)** consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso adequado para a revogação do precedente²⁹⁸.

Não se trata de um pretexto para descumprir uma decisão da Suprema Corte. Antes, por mais paradoxal que eventualmente possa parecer, a prática do “*anticipatory overruling*” legitima-se no fundamento de que as Cortes de Apelação devem comportar-se de acordo com o que a Suprema Corte faria, vale dizer: “devem não só seguir os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte”²⁹⁹.

c) Prospective Overruling³⁰⁰

Merece atenção, além do *overruling* (acima já referido) o denominado “*prospective overruling*”, que se vêm tornando mais e mais familiar ao Direito brasileiro, reconhecido como parte das vantagens civilizatórias criadas pelo Direito Jurisprudencial, utilizadas como técnicas pelos tribunais brasileiros e presentes parcialmente nas leis nacionais.

Com efeito, se um Tribunal pretender alterar um entendimento anterior (*overruling*), deve-se utilizar a técnica do “*prospective overruling*”, de modo a preservar a segurança jurídica e outras garantias constitucionais ou legais, pois o Estado de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, repousa sobre a segurança jurídica.³⁰¹

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 402.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 402.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 404.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 409.

³⁰⁰ Valemo-nos substancialmente das pesquisas e dos três artigos já publicados em coautoria entre orientador e orientando no site Consultor Jurídico: “*Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou Prospective Overruling?*” (Partes 1, 2 e 3), respectivamente nos dias 16/08/2015, 23/08/2015, e, 08/09/2015. Registre-se que o Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB permite a publicação de parte da dissertação, não caracterizando-se autoplágio a devida e necessária citação.

³⁰¹ NUNES, Jorge Amauri Maia. Segurança Jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, v. 6, 2007, p. 299-332; NUNES, Jorge Amauri Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. FERRAZ JR; Tércio Sampaio. Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2005; ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Posturas judicantes que alteram linhas ou tradições decisórias não são inéditas em órgãos administrativos ou jurisdicionais.³⁰² Tais atitudes quando bruscas (ou inesperadas) não se adequam a um sistema que se pretenda “íntegro”, “estável” e “coerente”; vale dizer, um Tribunal está vinculado a suas práticas passadas (comissivas e omissivas), assim como estatuído na chamada “Emenda Streck” no novo CPC.³⁰³

Mesmo que Brasil e Estados Unidos estejam em espectros distintos de diferentes tradições jurídicas (respectivamente, *civil law* e *common law*), houve no Brasil uma recepção tardia e mitigada do “*common law*” e do “*stare decisis*”³⁰⁴, além de haver notórias (e recíprocas) influências do *civil law* no *common law*.³⁰⁵ Ou seja, as diferenças, embora existentes, são bem menores do que se supõe. Além do mais, o Supremo Tribunal Federal em diversas situações, por seus ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Teori Zavascki referiram à técnica do “*prospective overruling*”, além da modulação de efeitos, que também se aproxima das demais, enquanto ajuste da jurisprudência aos fatos.³⁰⁶

Não se pode esquecer, por suposição, como advertem Lenio Streck e Georges Abboud, que não é possível confundir os conceitos de precedente, *stare decisis*, súmula e súmula vinculante, e de como é impossível trabalhar com o precedente sem a utilização do “elemento hermenêutico”, e que “o direito deve ser entendido como conceito imperativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham essência constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido)”³⁰⁷.

³⁰² Já se teve oportunidade de analisar a mesma manobra do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que dissera em certo momento não se sentir vinculado por anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal. Cfr. Nota de rodapé nº 124 do artigo: PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 5, Número Especial: Ativismo Judicial, 2015, p. 163.

³⁰³ Observe-se referências sobre a importância da “Emenda Streck”, oriundas da interlocução de Lenio L. Streck, atinentes ao reforço da necessidade de “integridade”, “estabilidade” e “coerência” das decisões judiciais: “Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!”, “Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?”, e “Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC”.

³⁰⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁰⁵ FRANK, Jerome. Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 104, n. 7, 1956.

³⁰⁶ Min. Celso de Mello referiu sobre a técnica do *Prospective Overruling* na Medida Cautelar do MS 30.380 e no MS 30.407; o Min Gilmar Mendes cita a técnica do *Prospective Overruling* na MC da Pet 2859, e na MC da AC 189; Min. Luiz Fux citou a técnica do *Prospective Overruling* na ADI 4060 e no MS 32.855, e também na MC na Reclamação 11.476; Min. Teori Zavascki citou no MS 31.723 e no MS 28.060, e no MS 28.440 (negando-a ao caso concreto).

³⁰⁷ STRECK, Lenio L; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 36-37.

Com efeito, em trabalho definitivo sobre a história do precedente judicial, em quatro partes, o professor Thomas Ellis Lewis (1900-1978), primeiro a receber um PhD em Direito em Cambridge (1927), e honrado de ser bibliotecário da prestigiosa Squire Law Library (1931-1968), observou que a história da doutrina do precedente judicial está intimamente ligada à história dos repositórios de direito³⁰⁸, sendo portanto divididos em 4 períodos distintos: 1) 1290-1535 (período dos Year Books), 2) 1535-1765 (período Plowden e Coke), 3) 1765-1865 (período dos repositórios autorizados), e, 4) 1865 aos dias atuais (período moderno).³⁰⁹

Vale mencionar ainda a importante e reveladora passagem do famoso jurista Bracton, que escreveu *De Legibus et Consuetudinebus Angliae*, citando aproximadamente 500 casos de uma anotação prévia que continha 2000 casos, dizendo que os “novos” processos poderiam vir a ser decididos a partir das decisões anteriores que fossem “similares”, mas isso não era ainda a doutrina do “*stare decisis*”, pois seu autor não via os precedentes como vinculantes (*binding*), mas como meros guias, e este achava que os juízes eram “ignorantes que pervertiam o direito” (“*ignorant perverters of the law*”), sendo Bracton o primeiro a medir e perceber a importância das decisões judiciais como fonte do Direito.³¹⁰

Sobre o aspecto mencionado, relativo a importância da publicação dos repositórios de decisões judiciais, torna-se imperativo uma breve excursão para refletirmos sobre o caso Brasileiro, neste aspecto extremamente distinto, e que possui nuances muito pouco recordadas, especialmente sobre o chamado “Escândalo da Revista do Supremo”, pois já não havia uma tradição de publicação das decisões da Corte Suprema, e após o episódio as coisas pioraram até o final de 1957, quando nasceu a Revista Trimestral de Jurisprudência, editada pelo Supremo Tribunal Federal, até os dias de hoje.

d) O Escândalo da Revista do Supremo

A necessidade de uma análise sobre o STF decorre de uma tripla urgência, embora relativamente simples. Primeiro: a necessidade de tentar resgatar a análise histórico-comparativa relativamente ao desenvolvimento do próprio STF em seus diversos períodos. Segundo: manter em alta relevância e perspectiva a premente constatação de que a crítica acadêmica permite o mais adequado aprimoramento das instituições, especificamente do

³⁰⁸ Neste aspecto, o Brasil deve ser observado com muita cautela, especialmente no caso do Supremo Tribunal Federal.

³⁰⁹ LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXII, April, 1930; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent II. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXIII, July, 1930; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent III. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXVII, July, 1931; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent IV. *The Law Quarterly Review*, n. CXC, April, 1932.

³¹⁰ LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXII, April, 1930, p. 211-212.

STF. Terceiro: manter postura destemida e jamais caudalosa em relação aos julgados da corte, antes o contrário, pois a crítica doutrinária deve pautar o Tribunal, e não o inverso.

O exercício de crítica com esse matiz histórico (crítico e reconstrutivo) faz uma constatação de que há uma grande nebulosa tangenciada com um buraco negro relativo ao agir decisório do STF que não possuiu ao longo de sua história um mesmo e estável veículo de transmissão de suas decisões. Isto é importante, pois a base de reconstrução de decisões não prescinde de um seguro instrumental que permita refazer os passos já trilhados, a exemplo do que representa para a Suprema Corte americana os “U.S Reports”.

É preciso fazer referência ao episódio que ficou conhecido como o “Escândalo da Revista do Supremo”, pouco recordado e demasiadamente importante para figurar dependurado nas empoeiradas prateleiras das lições não revisitadas. Como observa Roberto Rosas:

No Brasil, a informação da jurisprudência, isto é, o acesso aos julgados, tem sido prestigiado pelas revistas especializadas, que, naturalmente editam os acórdãos com atraso. No século XIX, e início do XX, a grande difusão foi feita pela Revista Direito, de J.J. do Monte. Com o surgimento da Revista do Supremo Tribunal Federal, década de 20, surgiu novo alento nessa informação. Entretanto, essa revista de edição privada, tornou-se um escândalo, porque a editora foi acusada de receber benefícios fiscais de importação de todo material (de papel, tintas de impressão, etc.) e desviar essa finalidade em proveitos próprios da editora. Morreu. Surgiu, em 1957 a Revista Trimestral de Jurisprudência, editada pelo Supremo Tribunal Federal, até hoje. Ao lado, de grande importância, e de notáveis contribuições a Revista Forense (desde 1904) e a Revista dos Tribunais (desde 1912). É claro, que o primeiro Regimento Interno do STF (1891) já determinava a publicação de suas decisões no Diário Oficial (art. 128, § 19).³¹¹

Nos interessa neste momento a referência sobre aquela fonte de informação que existiu e ficou conhecida sob o signo de “*Sociedade Anonyma Revista do Supremo Tribunal*”. O Jornal “Correio da Manhã”, de quarta-feira, 17 de novembro de 1926 trazia a chamada “O grande escândalo”, com um destaque para uma afirmação inicial que tinha o seguinte teor:

Todos os referidos favores ou concessões feitas pelo presidente do Supremo, e transformados em cláusulas contratuais, são radicalmente nullos pela falta de competência do outorgante para assumir essas

³¹¹ ROSAS, Roberto. Jurisprudência. Súmula. Direito Sumular. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, ano 18, n. 21, p. 137-140, jan-jun/2002, p. 137.

obrigações, declara na Câmara, o sr. Getulio Vargas, em 15 de setembro de 1925.³¹²

Devido à importância histórica da narrativa jornalística, que deve ser confrontada também com Processo Administrativo oriundo do próprio STF sobre os fatos, realizamos a transcrição do texto, com a adaptação do vernáculo para os dias atuais, com vistas a melhor compreensão da leitura:

Como acentuamos, os comentários de hoje estão ligados à publicação feita na edição de ontem, em que anotamos as principais aberrações do contrato assinado entre partes, uma das quais inexistente em face das leis que regem a incorporação das sociedades anônimas. E isto por que não queremos discutir a competência ou não do ministro-presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal em assinar, com o desconhecimento de todos os demais membros da nossa suprema corte de Justiça, quaisquer contratos que signifiquem, para os cofres da União, compromissos estimados em milhares de contos. Depois, a própria essência do contrato, fixando “mínimos” e não estabelecendo “máximos”; não opondo represa alguma à voracidade dos contratantes ávidos de fortunas fáceis, denota que o ministro signatário, jurista de renome, presidente do nosso mais alto tribunal de Justiça, assinou-o sem ler, pelo menos com a atenção que a importância do caso requeria. E não devemos esquecer que, segundo nos foi denunciado, o contrato teria sido assinado numa estação de banhos de mar, na ilha de Paquetá, num ambiente afetivo.³¹³

O que queremos dizer com isso é que não há uma sólida tradição de publicação de repositórios por parte do STF³¹⁴, cuja tentativa inicial foi permeada por um forte escândalo

³¹² A Biblioteca Nacional mantém digitalizados em seu sítio eletrônico na internet praticamente todos os jornais da época (do Rio de Janeiro e de São Paulo), e a fonte foi obtida em seu site. Disponível em: <<https://www.bn.br>>, acesso em 14.09.2014.

³¹³ Mesma referência relacionada à nota anterior, sobre o site da Biblioteca Nacional.

³¹⁴ A história, narrada com os sabores das disputas políticas da época, menciona datar de 1914 o primeiro período da Revista do STF, mas ainda extremamente insipiente, com uma narrativa que merece o seguinte registro por parte do Sr. Humboldt Fontainha: “Ex-alumno, na Faculdade de Direito de São Paulo, do inolvidavel Ministro PEDRO LESSA, costumava conceder-me, aquelle benemerito Magistrado, a insigne honra de sua deferencia obsequiosa. Desde que -eu regressára da Europa, onde exercêra varias comissões, debatiamos ambos, reiteradamente, os assumptos relativos 'á co.ordenação e publicidade da jurisprudencia, estrangeira, interessand.o-se muito, o Mestre inegualavel, pelas minhas informações sobre o, que a respeit.o occorria na Allemanha. F.oi quando, de uma feita, em fins de julho de 1915, apercebendo-se do meu sincero entusiasmo pelos alt.os interesses da justiça brasileira, aconselhou-me a que adquirisse a «Revista do Supremo Tribunal », no sentido de readapta-la aos nobres fins por nós collimados, pois que não mais os preenchia, com a recente exoneração do provector jurisconsulto Dr. ASTOLPHO REZENDE. Estudando, assim, com solicito ardor o delicado e importante problema, que era por nós seguidamente ventilado, chegávamos á conclusão de que nada de efficiente poderia ser feito, vigorando o contracto já existente, de 31 de janeiro de 1914. No escopo de remover esse obstaculo, o grande Juiz levou-me á presença do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o austero Ministro FRANCISCO HERMINIO DO ESPIRITO SANTO, que se manteve no propósito inabalavel de não alterar o theôr daquelle contracto, eis que sómente aos Poderes Legislativo e Executivo, segundo considerava, era licito crear onus ou 'despezas para o Thezouro Nacional. No exercicio, porém, da Presidencia, o honrado Ministro ANDRE CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, aos 8 de agosto de 1917, celebrávamos o nosso segundo, contracto, sob a directa inspiração de PEDRO LESSA, que me persuadira aceita-lo preliminarmente, para, só depois, ser ele modificado, por via legislativa, de modo a que permittisse o empreendimento

que estremeceu à República, provocando a interrupção das publicações em formato de repositório. Para maiores informações sobre o “Escândalo da Revista do Supremo”, consulte-se o depoimento de Humboldt Fontainha³¹⁵ e as razões de recurso apresentado à autoridade executiva por parte da “Sociedade Anônima Revista do Supremo Tribunal Federal”.³¹⁶ Feitas tais considerações, retornemos ao curso da análise do item pretérito sobre o “prospective overruling”, eis que a alegação de influência do common law sobre nossa tradição não pode passar ao largo desta constatação.

e) Prospective Overruling (e/ou Julgamentos Alerta) [... Continuação]

Esta objetiva refletir sobre as técnicas de superação dos precedentes e os casos em que isso pode se dar a partir da maneira como os anglo-saxões e outras tradições continentais europeias vêm procedendo. É preciso observar que a técnica do precedente é aplicada inclusive a instâncias não judicantes.

Aliás, sobre a categoria dos chamados “precedentes não judiciais” (*Non-Judicial Precedents*), a perspectiva convencional que iguala precedentes às decisões judiciais, especialmente aquelas oriundas da Suprema Corte americana, praticamente ignora o significado constitucional dos precedentes construídos por autoridades públicas que não as Cortes, pois os atores não judicantes produzem precedentes que são mais penetrantes do que aqueles feitos pelos tribunais no direito constitucional, e não estão confinados apenas às calmas águas do direito constitucional, mas também pertencem à sérias questões, como a sucessão presidencial, secessão, poderes congressuais para remoção de presidentes, ministros e juízes, e a respectiva autoridade do presidente e do Congresso para declarar a guerra e celebrar a paz, apenas para ficarmos em alguns poucos.³¹⁷

Não significa, evidentemente, que um órgão não judicante, como a corte de Contas (p.ex), autoridade administrativa auxiliar do Poder Legislativo, mas que a este não pertence,

integral do vasto programma idealizado, dando majestade imprescindível ao Poder Judiciário, em completa decadencia, segundo era sua abalisada, e não refutada opinião. A 2 de março de 1921, visto que a « Revista do Supremo Tribunal », em retirando-se um dos seus sócios e directores, passára a ser explorada por uma sociedade anonyma, e atendendo ainda a que o Congresso Nacional havia co'nsiderado essa publicação «orgão official», o Presidente Ministro HERMINIO DO ESPIRITO SANTO accedeu, por final, em que fosse celebrado o nosso terceiro contracto, de 2 de março de 1921, (...) Votada a referida Lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, (...) Dest'arte, todos os favores outorgados á «Revista do Supremo Tribunal » fôram obra exclusiva do Poder Legislativo, que os votou através todas as formalidades do seu regimento interno e mediante discussões amplas e acaloradas em seus differentes turnos, quer na Camara quanto no Senado, conforme é publico e notoric e confessa o proprio Relator da Comissão de Inquerito Parlamentar, Deputado JOÃO MANGABEIRA”. FONTAINHA, Humboldt. **Revista do Supremo Tribunal Federal: depoimento expositivo do Dr. Humboldt Fontainha perante a honrada Sub-Comissão de Sindicância neaeada, a seu pedido, pelo governo provisório, para rever o caso da Revista do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro, 1932, p. 15-18.

³¹⁵ FONTAINHA, Humboldt. **Revista do Supremo Tribunal Federal.**

³¹⁶ ANTUNES, Fernando; TOSTES, Tancredo. **Razões de recurso apresentadas ao chefe do Poder Executivo pela Sociedade Anonyma Revista do Supremo Tribunal.** Rio de Janeiro, 1932.

³¹⁷ GERHARDT, Michael J. Non-Judicial Precedent. **Vanderbilt Law Review**, vol. 61, 2008, p. 715.

e nem a ele é subalterna³¹⁸, não possa mudar de entendimento. Pode.³¹⁹ No entanto, há de fazê-lo, se o fizer, com um cuidado extremado, tal como citado recentemente pela Suprema Corte americana, ao ressaltar a famosa frase/conselho de Tio Ben, dado a Peter Parker, alterego do Homem Aranha, quando lhe fora solicitado que alterasse um precedente:

[N]este mundo, com grandes poderes também devem vir grandes responsabilidades”. Encontrando muitas razões para manter o curso do que já foi decidido e nenhuma ‘justificação especial’ para nos afastarmos dele, nós recusamos o convite da parte para superar o precedente anterior” (Kimble v. Marvel Entertainment LLC. 576, U. S. 17, 2015).³²⁰

E isto porque os casos decididos anteriormente são extremamente importantes. Não se muda o que já foi decidido da noite para o dia, por mais desconfortáveis e constrangedoras que sejam as manifestações anteriores. É possível mudar o entendimento, mas a segurança jurídica deve ser prestigiada no caso de um sistema de precedentes, pois nestes a mudança de orientação tem o agravante de ser “*ex post facto*”, ou seja, representa uma norma que se pretende seja aplicada aos casos após a sua ocorrência.³²¹ Aliás, a “Convenção Interamericana de Direitos Humanos”, proíbe aplicação de norma *ex post facto*.³²²

Como referido por Thomas Fairchild já em 1967, o “*prospective overruling*” é uma técnica pela qual a Corte limita os efeitos de uma nova regra para casos futuros apenas,³²³ ou mais especificamente, é o meio termo entre seguir a regra do *stare decisis* ou realizar o *overruling*. Saber quando utilizá-las é um grande desafio, conforme notado por Steven Burton, pois ambas as técnicas são vitais para o sistema jurídico: o *stare decisis* enseja (possibilidade de) unidade, estabilidade e igualdade através dos tempos; *overruling* permite à Corte realizar correção de rumos e adaptar o direito a novas circunstâncias, resultando disso um paradoxo: “A Suprema Corte deve seguir seus precedentes, mas em qualquer caso ela

³¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, n. 9, dez. 2001, p. 3.

³¹⁹ Como observa Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, “A integridade não significa apenas coerência entre as decisões, é mais que isso, exige o respeito ao passado (...)”. Cfr. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225-227.

³²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Kimble v. Marvel Entertainment LLC. 576, U. S. 17, 2015.

³²¹ Evidentemente que o uso de uma técnica dos precedentes, por si só, não é garantia de segurança jurídica, “[pois] quando um juiz modifica uma linha jurisprudencial, quando realiza um *distinguish* ou julga um caso de *first impression*, o sucumbente é apenado não por causa do direito existente quando da prática do ato, mas em razão do direito fixado no instante de sua derrota, ou seja, a posteriori. Cfr. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, p. 114.

³²² **Artigo 8º da CIDH**, e ainda na advertência de Flávia Piovesan: “A Convenção Americana proíbe a escravidão; proclama a liberdade de consciência, religião, pensamento e da aplicação das leis *ex post facto*”. Cfr.: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ed.São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256.

³²³ FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: “Prospective Overruling” or “Sunbursting”. **Marquette Law Review**, vol. 51, 1967, p. 254.

pode reformá-los, isto é, a Suprema Corte deve seguir seus precedentes, exceto quando não precisa deles”.³²⁴

Importa observar o nascimento e a origem da ideia do “*prospective overruling*”, sugerida como técnica jurídica pela primeira vez por George F. Canfield³²⁵ ao escrever uma carta em 1917 para a Associação dos Advogados da Carolina do Sul, quando instilou a ideia de que o Tribunal deveria adotar uma conduta em que anunciasse uma nova regra para casos futuros. Casos anteriores de outros tribunais já flertavam com a técnica, como em *Jones v. Woodstock*, julgado em 1892 pela Suprema Corte do Estado do Alabama, que decidiu:

“Mudar uma velha regra do *common law*, mas observando que os litigantes que praticaram os atos sob influência da antiga decisão no caso superado não deveriam sofrer a injustiça de serem privados de suas expectativas sob a velha regra, e a Corte então decidiu, assim, que a velha regra ainda seria aplicada aos antigos litigantes”.³²⁶

Neste sentido, a mudança de entendimento judicial (e/ou administrativo) deve se pautar sempre, em qualquer caso, pelas cautelas e cuidados – além das premissas e pressupostos -, inerentes ao estatuído pela doutrina do “*prospective overruling*”, com vistas a homenagear a segurança jurídica, privilegiando aplicação das normas que não sejam *ex post facto*, também prestigiando as expectativas normativas das partes e procuradores.

f) A Confiança no Precedente: “tridimensionalidade da confiança”.

Nesta parte ressaltamos a perspectiva da tríplice dimensão da confiança (pessoal, social e sistêmica) como fundamento de um sistema de precedentes, retomando a narrativa de um conto árabe inominado (escrito por J. E. Hanauer), e trabalhado nesta linha por Leonel Severo da Rocha e Ricardo de Macedo Menna Barreto.³²⁷

E isto porque o Direito em geral, e o sistema de precedentes em particular, não podem “ser” e “não-ser” ao mesmo tempo, como se estivessem repartidos ao meio, tal qual o visconde Medardo di Terralba, concebido genialmente por Italo Calvino. O cidadão jurisdicionado não deve ter a necessidade de rezar para “cair” com uma ou outra de suas

³²⁴ BURTON, Steven J. The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication. *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2014, p. 1688.

³²⁵ George F. Canfield foi membro da Faculdade de Direito de Columbia por 36 anos, graduado em Direito em Harvard, estudou Direito Romano na Alemanha, e praticou o Direito em companhia de Harlan F. Stone.

³²⁶ LEVY, Beryl Harold. Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, n. 1, 1960, p. 8.

³²⁷ ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito. *Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul*, Ano 4, n. 4, 2010, p. 17-39.

metades, e suas respectivas idiossincrasias,³²⁸ ou submeter-se aos riscos do acaso contido num lance de dados, como sugerido por Stéphane Mallarmé.³²⁹

Propomos nessa etapa um percurso pelo instrumental literário para reflexão jurídica.³³⁰ Recorde-se [uma vez mais] que Tamara Piety, professora de “Civil Procedure” da Tusla College of Law nos Estados Unidos³³¹, exige que seus alunos do primeiro ano do curso de Direito³³² leiam o capítulo 89, “Fast-Fish and Loose-Fish” (Peixes Presos e Peixes Livres), do clássico *Moby Dick*, de Herman Melville, que contém possivelmente uma das mais expressivas reflexões jurídicas, porque abriga, segundo afirma a própria obra: “o fundamento de toda jurisprudência humana” (porque destaca e ressalta a importância do elemento hermenêutico).³³³

Voltando aos lances de dados, um órgão decisório (judicial ou administrativo) não deve possuir divisão binária tão rigorosamente demarcada que se permita falar de uma realidade na qual as “cegonhas brancas” que antes eram sinal de “sorte” e, desde que a “carestia tornou os campos áridos”, e os rios se tornaram secos pela estiagem, passem a substituir “os corvos e os abutres”, tal como o escudeiro Curzio falara ao Visconde (para invocar Calvino, uma vez mais), mas como este parecia não acreditar, perguntara onde foram parar as aves de rapina, obtendo uma sombria resposta: “à força de comer as vítimas da peste, a peste os atacou também”.³³⁴

³²⁸ CALVINO, Italo. **O Visconde Partido ao Meio**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

³²⁹ MALLARMÉ, Stéphane. **Poème: Un Coup de dés jamais n'abolira le hasard**. Disponível em: <<https://math.dartmouth.edu/~doyle/docs/coup/scan/coup.pdf>>, acesso em 20.08.2015.

³³⁰ Importantes iniciativas reflexivas sobre as diversas relações entre Direito e Literatura podem ser citadas, como por exemplo, o seminal programa “Direito & Literatura”, capitaneado pelos professores Lenio L. Streck e André Karam Trindade, e os seguintes livros, em ordem cronológica: KELLY, Octavio. **Esthetica do Direito: Ensaio**. Rio de Janeiro: Papeleria Globo, 1927; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **O Processo Penal de Capitu**. Salvador: Imprensa Regina, 1958; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Machado de Assis e o Problema Penal**. Salvador: UFBA, 1959; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura. Anatomia de um desencanto: Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato**. Curitiba: Juruá, 2006; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; PRADO, Daniel Nicory do. **Aloysio de Carvalho Filho: Pioneiro nos estudos sobre “Direito e Literatura” no Brasil?** In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o COMPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 996-1012; TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: Discurso, Imaginário e Normatividade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito, Literatura e Cinema: Inventário de Possibilidades**. São Paulo: Quartier Latin, 2011; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. O Direito e suas ficções. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.) **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

³³¹ PIETY, Tamara R. **Something Fishi**.

³³² Conforme já se observou, Tamara Piety confessa a útil descoberta de Hermann Melville, e sua adoção junto aos alunos, quando de um curso acerca da Democracia Americana em Harvard, cujos professores teriam sido Cornell West e Roberto Mangabeira Unger.

³³³ MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**, p. 219.

³³⁴ CALVINO, Italo. **O Visconde Partido ao Meio**, p. 12.

Ou ainda, o órgão decisório não pode ser também como o monstro de “Ouvir-Dizer”, conforme pintado na narrativa de Rabelais, que tinha a “boca aberta até as orelhas, e dentro da boca sete línguas e cada língua fendida em sete partes, e com todas elas falava ao mesmo tempo, apresentando diversos assuntos e em idiomas diversos; tinha também na cabeça e no resto do corpo tantos ouvidos quantos olhos tinha Argos; no resto, era cego e paralítico de ambas as pernas”.³³⁵

Retomemos a perspectiva que tem na “confiança” um “mecanismo privilegiado para a produção de sentido no Direito”, como “um importante pressuposto simbólico para construção social”.³³⁶ Em antigo conto arábico, acima já referido, oriundo de tradição oral na qual é externada a importância da “tridimensionalidade da confiança”: a confiança pessoal, a confiança social e a confiança sistêmica, que aqui são invocadas como necessárias a um sistema de precedentes e de sua superação, sob pena de o sistema jurídico derruir.

Narra-se que há muito tempo atrás um rebanho de camelos transitava por um pomar, em que o seu proprietário encontrava-se descansando em cima de uma cerca de pedra, quando um dos animais rompe com os dentes um dos ramos de árvore. O proprietário do pomar, furioso, atira uma pedra na direção do camelo, “sendo tão preciso em sua pontaria”, que acaba matando o animal. Em reação, o proprietário do camelo pega a mesma pedra e a lança contra o proprietário do pomar, “matando-o imediatamente”.

Horrorizado pelo resultado de seu ato, o dono dos camelos acaba fugindo, sendo posteriormente alcançado pelos filhos do falecido: “Voltando à cena da tragédia, próxima ao acampamento do Califa Omar ibn el Khattab, os filhos do morto, não querendo ouvir falar em indenização, exigem que o dono dos camelos – que alegava ter agido sob provocação – fosse decapitado”.

Adveio então o julgamento. Como era costume à época, a execução do criminoso deveria ocorrer logo após a condenação à pena capital, na qual o procedimento consistia em se estender uma pele (nut’a) no chão, e o acusado, que seria decapitado, deveria se ajoelhar com as mãos para trás; o carrasco, de espada em punho, perguntava em voz alta: “Ó Comandante dos crentes, está realmente decidido que fulano deixe este mundo?” E, se o califa viesse a responder que sim, a pergunta se repetia até a terceira confirmação, com a subsequente decapitação do condenado.

Sendo condenado, e na iminência de ser decapitado, o dono dos camelos suplicou para que o califa lhe concedesse três dias de folga para ir à sua tenda, bastante distante dali, com vistas a organizar questões familiares, tendo jurado retornar em três dias. O califa teria

³³⁵ RABELAIS, François. **Gargantua e Pantagruel**. Grandes Obras da Cultura Universal, vol. 14, tradução de David Jardim Júnior. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003, p. 893-834.

³³⁶ ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito**, p. 17-39.

consentido, desde que o condenado encontrasse um infeliz para tomar o seu lugar e ser executado, em caso de a promessa não ser cumprida, na hipótese de o dono dos camelos não regressar no prazo estabelecido: “Diante de uma multidão de desconhecidos, o pobre homem viu a nut’a sendo trazida pelo executor, que já se preparava para amarrar-lhe as mãos, quando o imputado, então, gritou desesperadamente: ‘será que a raça dos homens virtuosos não mais existe?’”

Houve um silêncio cortante, e com a repetição da pergunta, surge então a figura de Abu Dhur, dando um passo adiante, e pedindo ao califa autorização para ser o substituto eventual do condenado, sendo aceito com a advertência de que pagaria com a própria vida, caso o condenado não regressasse no prazo determinado. Aceita a substituição, o dono dos camelos é solto e some “em desabalada correria em poucos instantes”; e três dias após o episódio o homem ainda não havia regressado.

Acreditando que ele não voltaria, o califa determinou que Abu Dhur fosse executado em seu lugar, iniciando-se o procedimento executório, entre choros e lamentos dos parentes. A solenidade das perguntas é iniciada, e antes da terceira e última indagação, exsurge um grito da multidão: “Parem, em nome de Alá: vejam quem vem correndo!”, e a execução é então interrompida com um sinal do califa, e para surpresa geral, o homem condenado aproxima-se em alta velocidade, praticamente sem fôlego, sendo interpelado pelo califa: “Tolo, por que retornou? Caso tivesse fugido, o seu substituto teria morrido no seu lugar, e você estaria livre”.

Então o condenado respondeu que retornou não apenas para provar que a raça dos homens virtuosos não teria desaparecido, mas para provar que a raça dos homens confiáveis também ainda existiria. O califa pediu para que ele se explicasse melhor, momento em que o condenado relata que tempos atrás a ele teria sido confiada à guarda de objetos de valor de uma pobre viúva, e que ele teria então escondido as joias em um local secreto, que ficaria para sempre oculto em prejuízo da viúva se ele morresse sem devolver os pertences. Afirmou ainda que suas pendências estavam resolvidas, com a devolução das joias pertencentes à viúva, e que estaria “pronto para morrer com o coração leve”.

O califa permaneceu calado após ouvir que tanto o condenado, quanto o substituto, fizeram suas escolhas para provar, respectivamente, que a raça dos homens confiáveis e a raça dos homens virtuosos não desaparecera, o que o fez perdoar e libertar o condenado. Ao ser questionado sobre sua atitude, o califa também responde: “porque, como ficou provado que a raça dos virtuosos e dos homens de confiança não desapareceram, só nos resta demonstrar que a raça dos homens clementes e generosos ainda está viva. Por isso, não só perdoar este homem, como pagarei o resgate da sua vida com meus próprios recursos”.³³⁷

³³⁷ Narrativa, toda ela, baseada na exposição de Leonel Severo da Rocha e de Ricardo Barreto. In: ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito**, p. 19-23.

Nesta breve narrativa (morte do camelo e dano, julgamento, a promessa, a virtude, a confiança e o perdão) estão presentes também as três dimensões da confiança (pessoal, social e sistêmica), primeiro num nível “interno e reflexivo”, de caráter pessoal (confiança na aceitação da própria confiança), e que só após ser exteriorizada atinge um outro indivíduo, e, portanto, a socialidade (que já é a segunda dimensão da confiança).

A seu turno, a confiança sistêmica relaciona-se com os meios de comunicação simbolicamente generalizados, “própria de sociedades complexas e diferenciadas”, e na narrativa mencionada, “a virtude, a promessa, a confiança e o perdão” seriam as metáforas permissivas do desbloqueio do sentido dos meios de comunicação.³³⁸

Percebe-se, assim, que uma relação de confiança sistêmica não se funda exclusivamente nos indivíduos, mas também na “confiança que estes depositam em tais mecanismos e, conseqüentemente, em um sistema”, ainda que a confiança seja “inconsciente”, com a criação de uma “certeza equivalente, embora não signifique que quem confia possa ‘corrigir’ tais mecanismos”, mas precisa manter a confiança ‘como se estivesse coagido’, e como a análise baseia-se em Niklas Luhmann, observa-se que “a confiança é o meio que atua como portador da redução de complexidade intersubjetiva”.³³⁹

Uma das conseqüências da diferenciação entre legislação e jurisdição, exposta por Niklas Luhmann em “A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”, no que se refere ao *common law*, foi o de conservar a tradição existente, com o reconhecimento de decisões de casos precedentes como “obrigatórias, ao invés de remeter apenas ao princípio da antiguidade imemorial e do costume na evolução que chega a termo somente na segunda metade do séc. XIX”.³⁴⁰

Trata-se de preservação da confiança nos comportamentos das partes e dos tribunais, pois evoca previsibilidade e estabilidade, não mais do que a Lei, é verdade, mas também daí decorre a importância do elemento hermenêutico que busque superar posições pessoais em detrimento de uma regra ou princípio já estabelecido, na concepção da responsabilidade política dos julgadores.

Lenio Streck vem insistindo há algum tempo, invocando os Dois Corpos do Rei: que “Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser juiz. São os dois corpos do rei, como diria Kantorowicz.

³³⁸ ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito**, p. 19-23.

³³⁹ ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito**, p. 31.

³⁴⁰ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann e Vera Jacob. **Revista da AJURIS**, n. 49, jul., 1990.

Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito”, ou ainda “a moral não pode ser corretiva. Moral não corrige o Direito. Isto também quer dizer que uma decisão jurídica não é uma “questão de moral ou de filosofia moral”.³⁴¹

A seguinte passagem de Ernest H. Kantorowicz é luminosa, evidentemente atualizando e distinguindo as várias passagens e transformações do conceito:

Aqui, como em outras passagens, descobre-se que no conceito organológico de ‘corpo político e místico’, continuavam vivas as forças constitucionais que limitavam o absolutismo real. Isso se tornou manifesto quando, em 1489, o Parlamento de Paris, a suprema corte da justiça francesa, protestou contra as pretensões do Conselho do Rei no governo de Carlos VIII.

O Parlamento, um corpo encabeçado pelo Rei e composto dos Doze Pares, o chanceler, os quatro presidentes do Parlamento, alguns funcionários e conselheiros e de uma centena de outros membros (supostamente segundo o modelo do Senado Romano), opôs-se à interferência e proclamou-se ‘*un corps mystique meslé de gens ecclésiastiques et lais [...] representants la personne du roy*’, porque essa Corte Suprema do reino era ‘a Justiça soberana do Reino de França, e o verdadeiro trono, autoridade, magnificência e majestade do próprio Rei’. Naturalmente, a ideia era de que o rei e seu conselho não podiam agir contra o Parlamento, porque esse ‘corpo místico’ representava ou era até idêntico à pessoa do rei.³⁴²

Vivemos em um regime de responsabilidades exigíveis e atributivas, não de homens, mas de instituições; não de juízes do povo, mas de juízes constitucionais, na linha de que “não parece adequado confundir ‘legitimidade democrática’ com a ‘legitimidade constitucional’ da magistratura”³⁴³ sob a exigibilidade da tridimensionalidade da “confiança” nos homens, na sociedade e no sistema, razão de existirem normas, tribunais e interação sistêmica entre eles, com garantias para assegurar a imparcialidade de quem julga (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade). Retirar o selo da estabilidade, da coerência e da integridade das decisões, sem a alternativa prospectiva, é tão nefasto quanto

³⁴¹ STRECK, Lenio. **Senso Incomum: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. Conjur de 15.11.2012; STRECK, Lenio. **Senso Incomum: Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?** Conjur de 28.08.2014; STRECK, Lenio. **Senso Incomum: O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância?** Conjur de 22.05.2014; STRECK, Lenio. [Entrevista]. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, p. 15.

³⁴² KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei: Um Estudo Sobre Teologia Política Medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 140.

³⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito Comparado: Magistrado não pode atuar como um “juiz do povo”**. Conjur, 9.01.2013.

(e equivale a) retirar, de uma hora para outra, as próprias garantias da magistratura sem maiores explicações.

Dessa forma, a confiança no direito, nos tribunais e no sistema jurídico depende da não-surpresa, em quaisquer casos, e casos iguais devem ser tratados de maneira igualitária (Treat Like Cases Alike)³⁴⁴; sua diferenciação ou mudança de orientação, embora permitidas, somente se faz através do “*Prospective Overruling*”, sob pena de afronta ao Estado de Direito (*Rule o Law*). A confiança também permeia outros ordenamentos jurídicos, como os abaixo referidos de maneira breve.

g) O Julgamento Alerta Alemão e outros modelos

Dentro desta noção de confiança, acima trabalhado, mas não apenas, podemos passar à introdução da discussão sobre o “*Prospective Overruling*” no direito Inglês, se deu com base na proteção da confiança e da segurança jurídica, a partir de manifestação do Lord Simon em dois casos julgados: *Jones v Secretary of State for Social Services* [1972] e *Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd* [1975], nos quais se referiu ao Direito Norte-Americano, e a prática do “*Prospective Overruling*” no caso *Linkletter v. Walker* (1965) 381 U.S. 618.³⁴⁵

Já no que se refere ao direito Alemão, o professor Antonio do Passo Cabral, baseando suas observações no fato de que no sistema do *civil law* as decisões não seriam vinculatórias, refere que a jurisprudência consolidada gera padrões de conduta individual, e por este motivo “deve haver proteção às posições estáveis quando da mudança de jurisprudência”. Aborda uma técnica germânica que denomina de “preventiva”, de “anúncio público de revisão de entendimento”, chamado de “Decisão ou Julgamento Alerta” (*warnurteil*) de que a Corte poderá mudar de posição no futuro, fazendo com que as partes não mais confiem em determinado entendimento, resguardando-se as expectativas de aplicação do direito (*Rechtsanwendungserwartungen*).³⁴⁶

No que se refere ao direito Italiano, o jurista Michele Taruffo observa que neste país existem algumas poucas regras sobre o precedente, mas não há a presença de precedentes

³⁴⁴ Entre outros, na noção de tratar os casos iguais ou similares de idêntica maneira: ZANETTI JR, Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **RePRO**, vol. 235, set. 2014.

³⁴⁵ CROMWELL, Godfrey. **Case Law and the Doctrine of Precedent. The British East-West Centre**. British Embassy Yerevan, 2006, p. 34-35.

³⁴⁶ A técnica do Julgamento Alerta foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Trabalhista: **BVerfGE 34, 9 (26)** e **BAGE 21, 237 (245)**. Cfr: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada. **RePRO**, ano. 38, n. 221, jul., 2013; CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e Alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do Julgamento Alerta. Em: DANTAS, Bruno et al. (Org). **O Papel da Jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.

vinculantes (*binding precedents*), mesmo os julgamentos da Suprema Corte, que possuem apenas uma fraca força persuasiva. Também não há na Itália a presença do “*prospective overruling*”, embora os julgados da Corte di Cassazione sejam especialmente persuasivos. Se os juízes os seguirem haverá então uma “*giurisprudenza consolidata*” ou “conforme”.³⁴⁷

Tendo em vista nosso modelo híbrido, temos que passa a ser incontornável a questão do uso, quer seja da “técnica do julgamento alerta”, quer seja do “*prospective overruling*”, quando o órgão judicante se propor – quando provocado – a realizar guinada de entendimento ou mudança de um paradigma já decidido, de modo a propiciar segurança jurídica, resguardando as expectativas jurídicas das partes, fomentando a necessária confiança.

1.3.2. A 5ª Técnica do Precedente: Estreitamento (Narrowing Precedent)

Mencionadas as peculiaridades de superação e distinção do precedente, observamos que no Direito Americano, nossa inspiração mais imediata, também se observa uma 5ª técnica menos conhecida do precedente. Vale dizer, as quatro técnicas anteriores foram acima abordadas (1. Aplicação; 2. Revogação; 3. Distinção; e, 4. Extensão). Esta quinta técnica denomina-se: “*Narrowing*”, ou “Estreitamento do Precedente”.³⁴⁸

Segundo Richard Re, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, o estreitamento do precedente (também denominado de “*stealth overruling*”) ocorre quando um Tribunal declina em aplicar um precedente, mesmo que na visão da Corte o precedente seja válido, e não seja também caso de “*overruling*” e nem de sua “aplicação integral”, ou seja, ocorre um ato judicial que não aplica o precedente como deveria ser o caso, e nem se realiza a sua superação por meio da revogação, ocorrendo um “estreitamento – ou amassamento - do precedente”.

Em termos gerais, é como se fosse realizado um “martelinho de ouro” na carcaça do precedente, não para desamaçá-lo, mas antes, para que ele eventualmente possa sobreviver para contar a história. Classifica-se o “Estreitamento do Precedente” (*Narrowing Precedent*) em 4 tipologias: Estreitamento Experimental (“*Experimental Narrowing*”), Estreitamento

³⁴⁷ TARUFFO, Michele. Judicial Rulings with Prospective Effect in Italy. In: STEINER, Eva. **Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions – Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**, vol. 3, London: Springer, 2015, p. 203-206. Mas o caso italiano se explica: por causa do quanto contido no art. 101 da Constituição Italiana, que diz expressamente que a justiça é administrada em nome do povo e que os juízes estão sujeitos somente à lei: “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”[], razão pela qual Gustavo Zagrebelsky invoca o cerne do pensamento do Justice Robert Jackson, no caso da saudação obrigatória à bandeira (*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319. U. S. 624, 1943), para referir que os direitos fundamentais já não podem mais ser votados, pois já o foram, de uma vez por todas, em sua origem: “O autêntico propósito de uma declaração de direitos [Bill of Rights] é subtrair certas matérias às vicissitudes das controvérsias políticas, situá-las mais além do alcance de políticos e funcionários”, numa ideia de “legalidade constitucional”. [] Essa exclusão assegura certa estabilidade, necessária à segurança. Cfr. Tradução livre. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Princípios y votos: El Tribunal Constitucional y la política**. Trad. Manuel Neira. Madrid: Trotta, 2007, p. 26-27.

³⁴⁸ RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

das Regras (“*Narrowing Rules*”), do Estreitamento ao Overruling (“*Narrowing to Overrule*”), e, Estreitamento Aspiracional (“*Aspirational Narrowing*”). A noção adequada de “*Narrowing*” está contida na seguinte observação do Referido autor:

Pegue sua menos predileta decisão (precedente) da Suprema Corte, daquele tipo que, em sua visão seja o mais equivocadamente decidido, e imagine-se a si mesmo como um juiz do Tribunal. Se lhe pedirem para aplicar o precedente em um novo caso, você provavelmente tentaria realizar um *distinguishing*, ou em outras palavras, você iria concluir que a melhor compreensão do precedente não cabe diante do caso sob análise. Mas e se por acaso você pensar que o precedente, quando em sua melhor leitura, de fato se aplicaria ao caso sob análise? Você seria, então, confrontado com uma escolha desconfortável. Você iria sublimar sua oposição pessoal ao precedente, e aplica-lo, não importando a sua equivocidade e qualquer injustiça resultante, ou, alternativamente, você poderia realizar um overruling no caso desfavorável, não importando a natureza drástica de tal ação. Mas uma terceira opção restaria possível. Ao invés de aplicar o precedente ou de revoga-lo, você poderia “amassá-lo” (*narrow*). Isto é, você poderia interpretar o precedente de uma tal maneira que seja mais limitada em escopo do que seria a sua melhor leitura. Ao tomar esta última rota, o precedente irá sobreviver de uma forma alterada (Tradução Livre).³⁴⁹

Não se desconhece o fato de que em determinadas situações o juiz se verá diante de situação em que optará pela aplicação de princípios eventualmente concorrentes, diante da dualidade em que estará entre um agir discricionário forte e um agir discricionário fraco, conforme ressalta Álvaro Ciarlini, em sua obra sobre o Direito à Saúde em que analisa, entre vários temas abordados, o papel do juiz diante de situações complexas:

Em verdade, seja na perspectiva de um agir discricionário forte, em virtude da crença na indeterminação do sistema de normas, seja na adoção de uma discricção débil, em decorrência da complexidade dos casos a examinar, a verdade é que o juiz acaba por fazer escolhas.

Ora, as opções de estratégia do agir judicial pode bem ocorrer nas hipóteses de predileção a um, entre os princípios concorrentes, levados em conta no procedimento de construção dos silogismos que orientam sua decisão, e que são frutos da dialetização própria ao processo, diante da possibilidade de que dois ou mais princípios contraditórios tenham igual dimensão normativo-constitucional. Inexiste, por certo, um critério minimamente plausível de prefiguração dos pesos que os respectivos princípios possam ter quando da averiguação do caso concreto. Tal modelo seria justificável somente diante de uma homogeneidade de princípios e valores, compatível

³⁴⁹ RE, Richard M. *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, p. 1863.

com um molde de objetivismo moral que, para nós, afigura-se completamente possível.³⁵⁰

Mas a situação referida de “narrowing” é distinta. Há um problema aqui, no que se refere a este uso determinado pela opção, ou predileção, pois o juiz não deve julgar com base em valores pessoais o caso do “narrowing”, o que inclusive difere da observação acima, em que se cuida de opção entre princípios concorrentes, e não entre a subjetiva opção por seguir ou amassar um precedente.

O juiz deve decidir, com base em pressupostos Constitucionais, e há aqui, possivelmente, um disfarçado decisionismo de caráter que mitiga a decisão, assim como se observa mitigação da lei com base em postulados de justiça permeados por uma exacerbada discricionariedade, permeada por carga pragmática que nutre o realismo jurídico norte americano³⁵¹, presente na famosa frase expressiva de Charles Evan Huges, no em 1907 discurso de Elmira³⁵², três anos antes de ser nomeado Justice da Suprema Corte, ao dizer que “Estamos submetidos a uma constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”.³⁵³

Neste sentido, basta trocar a palavra Constituição por precedente, e o *stare decisis* ficaria com a seguinte configuração potencial: “Estamos submetidos a um precedente, mas o precedente é o que os Juízes dizem que ele é”. Neste sentido, amassar – seja a lei, seja o precedente, liga-se a um decisionismo do tipo “decido conforme a minha consciência, é não encontra, pelo menos no Brasil, aspecto que lhe forneça suporte Constitucional, sendo equivocado e já denunciado por Lenio Streck.³⁵⁴

Em termos “quase-binários”, entendemos que, ou se aplica o precedente, ou se realiza a sua superação, através do *teste das 6 hipóteses*³⁵⁵ de Lenio Streck, de modo a

³⁵⁰ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

³⁵¹ Importantes, entre outras, as seguintes obras para compressão do Realismo Jurídico Norte-Americano: MENAND, Louis. **The metaphysical club**. New York: Farrar, Straus and Girous, 2001; CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho**. Barcelona: Bosch, 1951. FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. México: Fontamara, 2001.

³⁵² LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana**. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 10.

³⁵³ Sobre o ponto, confira-se o artigo que escrevemos conjuntamente com os colegas Fábio Luiz Bragança Ferreira e Ana Carolina Borges de Oliveira, tratando do realismo jurídico norte-americano, suas influências e uso nefasto pelo direito pátrio. Cfr. PÁDUA, Thiago Aguiar; BRAGANÇA FERREIRA, Fábio Luiz; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges. A Outra Realidade: o Panconstitucionalismo nos Istaítes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015, p. 857-604. Confira-se, ainda: STRECK, Lenio. **O Realismo Jurídico ou “quando tudo pode ser inconstitucional”**, Conjur de 2.01.2014; GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: Edição do Autor, 2013.

³⁵⁴ STRECK, Lenio. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁵⁵ **O teste das seis hipóteses** em que o judiciário pode deixar de aplicar uma lei (e diríamos, em certa medida, o precedente formado), são: **A)** “Quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que se deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou declarará inconstitucional mediante controle concentrado”; **B)** “Quando

procurar afastar também a Corte ou Tribunal dos predadores endógenos e dos predadores exógenos.³⁵⁶ Assim, e só nesta acepção, se entende possível a realização de um “amassamento” do precedente, deixados de fora a “escolha” pessoal, os predadores internos e externos, e com base em critérios constitucionais que permitam constraste e forneçam integridade e prestigiem a coerência do Direito.

Passemos em rápida revista às tipologias de “Amassamento do Precedente”, acima mencionadas, de forma a cataloga-las, estabelecendo liames de comunicação possíveis com o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a tabela abaixo relativamente aos 4 modos de utilização do precedente, caso não se revogue (*overrule*):

Tabela das 4 Maneiras de Utilizar o Precedente³⁵⁷

	Melhor Leitura: Aplica	Melhor Leitura: Não Aplica
Aplica o Precedente	Segue (<i>Follow</i>)	Expande/Extende (<i>Extend</i>)
Não Aplica o Precedente	Amassa (<i>Narrow</i>)	Distingue (<i>Distinguish</i>)

for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, porque, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes”; C) “quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que mudará será o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição”; D) “Quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada (s) hipótese (s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido”; E) “Quando for o caso de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo”, e, F) “quando - e isso é absolutamente corriqueiro e comum - for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir da regra - pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão - mas exigirão mesmo - aplicação similar, graças à integridade e coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe - no sentido da *applicatio hermenêutica* - a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, ela só persistirá, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.”; STRECK, Lenio. Verdade e Consenso.

³⁵⁶ Os **predadores endógenos** são o senso comum teórico acrítico da dogmática, o pan-principiologismo, a discricionariedade judicial, etc; os **predadores exógenos** são o uso da moral como corretora do direito, a fragilização dos direitos fundamentais pela política reformadora, o uso da análise econômica do direito (*law & economics*) que colonizam o direito. Cfr. STRECK, Lenio. Verdade e Consenso.

³⁵⁷ Tabela elaborada por Richard Re, no artigo acima citado.

Observe-se, ainda, o “amassamento” como uma “furtividade do overruling” (*stealth overruling*), a partir do importante texto de Barry Friedman³⁵⁸, apontando-o como “incoerente, fazendo com que as autoridades simplesmente deixem de aplicar as normas, embora devamos mencionar que se ocorrer o teste das 6 hipóteses, o precedente pode ser “amassado” de modo a caber nos moldes Constitucionais.³⁵⁹

Vale dizer, entendemos que seria possível “amassar” um enunciado de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo uma decisão prolatada pelo Tribunal, desde que se trata de expresse reconhecimento de inconstitucionalidade da decisão anterior, e nos termos do teste das 6 das seis hipóteses. Fora disso: não parece cabível ou aceitável.

1.3.2.1. Estreitamento Experimental (“*Experimental Narrowing*”)

Sobre este aspecto, Richard Re menciona que uma decisão da Suprema Corte tem sido amassada mais do que todas as outras, referindo-se ao caso *Flast v. Cohen* (392 U.S 83 (1968), relativo ao direito tributário (*taxpayer standing*), e que ao longo dos anos os sucessivos juízes que tocaram no caso reduziram-no a uma sombra do que um dia teria sido a decisão originária.

Diante da possibilidade explicativa de tipo “*realpolitik*”, de que eventual “amassamento do precedente” tenha decorrido da mudança de composição do Tribunal, objeta-se esta alegação com a resposta de que o próprio caso originário teria sido desenhado de modo a ser “reinterpretado”, inclusive com a possibilidade de “*narrowing*”, sendo então considerado um verdadeiro “experimento da doutrina Constitucional”, devido a sua vagueza e ambiguidade deliberadas para que fosse “adaptado com o tempo”.³⁶⁰

Tratando-se de experimentalismo, com uma determinação deliberadamente ampla, vaga e ambígua, temos uma incongruência ao ponto da decisão judicial deixar de ser concreta, certa e específica, passando a ser geral e abstrata, tomando (e fazendo as vezes) (d)a legislação, por nós conhecida nos países de *civil law*, deixando de fazer sentido como experimento, e perdendo a lógica como argumento. Mas navegar é preciso. Passemos a tipologia subsequente.

³⁵⁸ FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling, **99 Geo. L. J.**, **1**, 2010.

³⁵⁹ Observe-se, ainda, que Richard Re desenvolve interessante argumentação sobre a legitimidade do amassamento do precedente (narrowing precedent) ligados aos 5 maiores atributos do *stare decisis*: **1) Correctness**, **2) Practicality**, **3) Candor**, **4) Fidelity**, **5) Fit**. Cfr. RE, Richard M. **Narrowing Precedent in the Supreme Court**, p. 1875-1886.

³⁶⁰ RE, Richard M. **Narrowing Precedent in the Supreme Court**, p. 1892.

1.3.2.2. Estreitamento das Regras (“*Narrowing Rules*”)³⁶¹

A seu turno, a partir da discussão de 4 casos julgados pela Suprema Corte Americana, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S 833, 1992), *Boumediene v. Bush* (553 U.S 723, 2008), *Arizona v. Gant* (556 U.S 332, 2009), e *Miller v. Alabama* (132 S. Ct. 2455, 2012), Richard Re observa que neste particular a Suprema Corte geralmente amassa o precedente por três questões interconectadas.

Primeiramente, algumas vezes a Corte realiza o estreitamento do precedente não por que ele teria sido estabelecido – ou decidido de maneira errônea na visão da Corte, mas ao invés disso ele teria sido criado – ou decidido -, em um terreno escorregadio e movediço, quando a Corte resolve “tais problemas” através do estreitamento das regras (*rules*).

Em segundo lugar, geralmente os Juízes da Suprema Corte apoiam ou se opõe ao estreitamento (*narrowing*) apelando para certas condições inerentes a legitimação do próprio estreitamento (*narrowing*), o que caracteriza uma espécie de “doutrina implícita do estreitamento” relativa ao “estreitamento das regras”. Algo como um “estreitamento sobre a pretensão de estreitamento”.

A seu turno, em terceiro, há que se reconhecer que o pendor pelo amassamento não está ligado a uma específica corrente ideológica, pois aqueles que reclamam de sua ocorrência não podem esquecer que ele pode, teria ou fora utilizado por correntes distintas em tempos passados.

1.3.2.3. Do Estreitamento ao Overruling (“*Narrowing to Overrule*”)³⁶²

Menciona-se nesta tipologia a questão interessante do excesso e do desgaste do “amassamento” do precedente, quando chega ao ponto, (a hora e a vez) de superá-lo, revogando-o. Cita-se o controverso caso *Citizens United*, relativo ao financiamento das campanhas eleitorais, que resultou no *overruling* não de um, mas de dois precedentes. Alega-se desgaste do objeto, tão reiteradas vezes manuseado, que um novo estreitamento não teria lugar.

Na falta de uma metáfora mais adequada, poderíamos mencionar que o precedente se esvaiu de sua própria seiva, desmanchou-se nas mãos daqueles que o manipulavam, e seria mesmo o caso de observar uma possível equivocidade que poderia ser localizada já na origem.

³⁶¹ RE, Richard M. *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, p. 1895 e ss.

³⁶² RE, Richard M. *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, p. 1903 e ss.

1.3.2.4. Estreitamento Aspiracional (“*Aspirational Narrowing*”)³⁶³

Este caso está ligado aos votos vencidos. Muito embora os juízes ligados ao estreitamento dos precedentes sejam “vencedores da jurisprudência”, que olham sobre os excessos do passado, ocorrem também alguns casos, ditos “raros”, em que esse papel se inverte, não através dos “vencedores olhando para o passado”, mas com os “vencidos olhando para o futuro”, sugerindo a variante da máxima popular: “aquele que estreita o precedente e foge pode sobreviver para estreitar outro dia”.

Marca-se a importância dos votos e das opiniões jurídicas vencidas, que mesmo realizando uma proposição de amassamento não vencedora em algum lugar do passado, com sua palavra sobrevive através dos tempos, e inspira futuras e distintas interpretações. Richard Re menciona um caso clássico desta ocorrência: o caso *United States v. Windsor* (133 S. Ct. 2675, 2013).

Parece-nos que os votos vencidos são importantes desde sempre, não apenas porque sejam propositivos de um possível “estreitamento” do precedente, e o atributo de inversão do vencedor que olha para trás e do vencido que olha para frente está presente em qualquer situação, muito embora a regra conforme sempre a exceção (e vice-versa).

1.3.3. Superprecedent, Super-Duper-Precedent e Bedrock Precedents

Um uso curioso da linguagem menciona os termos “*Super Precedent*”³⁶⁴, “*super duper precedent*”³⁶⁵ e “*Bedrock Precedents*”³⁶⁶, para se referir a um “tipo especial de precedentes”. Seriam algo aproximado a nossa noção de “cláusulas pétreas”, em certo sentido e em alguma medida, *mutatis mutandis*.

Superprecedentes seriam aquelas decisões constitucionais as quais as instituições públicas teriam investido pesadamente, contando repetidas vezes, e oferecido suporte consistentemente durante um período significativo de tempo, bem como, seriam aquele tipo de decisão que se encontra profundamente enraizada no direito e na vida das pessoas através de atividades subsequentes dos demais poderes³⁶⁷.

³⁶³ RE, Richard M. *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, p. 1907 e ss.

³⁶⁴ GERHARDT, Michael J. *Super Precedent*. 90 *Minn. L. Rev.* 1204 (2006); e BARNET, Randy E. *It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Faber and Gerhardt*. 90 *Minn. L. Rev.* 1232-1251 (2006).

³⁶⁵ SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super-Precedent*. *Geo. Mason L.Rev.* vol. 14:2, (2007).

³⁶⁶ FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 *Minn. L. Rev.* 1173 (2005), p. 1180.

³⁶⁷ GERHARDT, Michael J. *Super Precedent*; e BARNET, Randy E. *It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent*.

Superprecedentes estão, ainda, infiltrados na consciência pública, tornando fixo o quadro jurídico, ou mesmo, aquele tipo de decisão constitucional cuja correção não mais está sob o crivo decisório das Cortes, portando um tipo de status especial em razão de sua consistência, estabilidade, previsibilidade e confiança social³⁶⁸. Os “*Bedrock Precedents*” seriam aqueles precedentes, como os da Suprema Corte durante épocas importantes - como o New Deal, que se tornaram fundamentais para grande parte de doutrina, e que seriam difíceis de a Corte Suprema superar por meio de um *overruling*³⁶⁹.

1.3.4. O Equivalente Brasileiro de “Superprecedente”: Análise Crítica

Embora já tenhamos reconhecido que súmula vinculante, precedente e stare decisis são coisas distintas, precisamos reconhecer que as decisões da Suprema Corte com perfil e efeito vinculante, realizadas no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade possuem um status mais elevado, em termos de expansão e aplicação do que as demais decisões, e neste aspecto, seriam o nosso equivalente ao “Super-Precedente”.

No entanto, devemos ter em mente que um Super-Precedente deste tipo não pode ter maior valor e peso do que uma norma Constitucional, e neste particular mencionamos à própria Constituição Federal de 1988, está sim, intocável por qualquer tipologia decisória, ao menos em tese, razão pela qual uma decisão judicial não pode pretender aspirar ao mesmo status de uma norma Constitucional, ou desfrutar do status de “emenda constitucional informal”.

A Clássica monografia que Jorge Miranda produziu em 1968 nos dá conta de que a influencia do modelo americano (nas palavras deste autor: “muito cacaracterístico como é, e muito complicado também, conforme mostraríamos, se pudéssemos”) está pautado, e deve ser considerado à dupla luz de razões jurídicas e de flagrantes causas políticas, e que apenas as questões ditas jurídicas dariam azo a um sistema coerente³⁷⁰, e as sumulas vinculantes, e quer nos parecer, também as decisões de caráter vinculante, são opções políticas, pelo menos na percepção de Jorge Amaury Maia Nunes.³⁷¹

Mas as mesmas críticas parecem se repetir para onde quer que se olhe. Em sua defesa ardorosa do Tribunal Constitucional, Jorge Reis Novais opõe aos críticos do Tribunal Constitucional Português uma postulação de “patriotismo constitucional”, que não se

³⁶⁸ GERHARDT, Michael J. **Super Precedent**.

³⁶⁹ FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, p. 1180.

³⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Suplemento: Dissertações de Alunos – VII, Lisboa: 1968, p. 57.

³⁷¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010; NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica*. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, v. 6, 2007.

confunde com “nacionalismo”, e está ligada ao seu nascimento a partir de sua publicação original por parte do cientista político alemão Dolf Sternberger, ao publicar artigo de jornal em 1979 propugnando uma “*Verfassungspatriotismus*”, contra o esvaziamento de direitos, bens, valores e princípios, radicada a ideia de “patriotismo constitucional” em sua potencialidade de congregar as ideias de razão, sentimento e emoção.³⁷²

Neste sentido, como recorda José Manuel Cardoso da Costa, quando o Tribunal Constitucional é chamado a se manifestar nas decisões fundamentais do Estado através da atuação do controle de Constitucionalidade, converte-se num de seus protagonistas, com poder de contribuir, a seu modo, “para a formação da vontade política do Estado, e participa na direção superior deste”.³⁷³

Por tais alicerces, e convocando ainda Giovanni Sartori, é preciso recordar a premissa básica do Constitucionalismo, que é uma solução jurídica para problemas políticos, não sendo possível, neste aspecto, retirar a política da política, nem mesmo de forma discursiva, razão pela qual o Super-Precedente é – de fato, uma postura política emoldurada com vestes e trajés jurídicos, mas recordemos, e sempre:

As consequências reais de tornar uma atitude jurídica neutra seriam políticas, ainda que inconscientemente, vale dizer, quando estamos diante de um julgamento, se descobre justamente que aquilo que os juristas “puros” realmente tem feito é, homiziar-se embaixo do escudo de sua indiferença judicial para questões metajurídicas, pavimentando a via para permitir que políticos inescrupulosos realizem um uso discricionário do poder sob a camuflagem de uma boa palavra, razão pela qual a “Política não pode ser retirada da política, nem de forma discursiva”. (Tradução Livre).³⁷⁴

Com efeito, a etiqueta ou o título, aqui, é o que menos importa. De especial relevo, no entanto, que a solução política seja aquela inserida na Constituição, que, juridicizada, permite que todas as decisões fundamentais sejam rigorosamente sindicáveis e exijam fundamentação extremada, como uma das formas de controle, aliado ao fato de que a primeira palavra do constituinte originário deverá ser a última palavra da Suprema Corte.

³⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 177; 195 e ss.

³⁷³ CARDOSO DA COSTA, José Manuel. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103.

³⁷⁴ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, 1962, p. 864.

1.3.5. Modelos Delibertórios: Per Curiam vs. Seriatim³⁷⁵

É dentro deste contexto que são adotadas decisões judiciais, cujo modelo deliberatório de “*decision-making*” é muito necessário abordar, e em cujas razões de decidir levam a construção de argumentos que podem causar dificuldade de compreensão do acórdão.

Tome-se como exemplo a distinção existente entre modelos deliberativos “*per curiam*” no qual há a estruturação que prevê uma opinião da Corte, e é adotado desde 1801 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América por influência de John Marshall, e o modelo “*seriatim*”, que é o modelo adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em que cada Julgador emite uma opinião, e que até 1801 era utilizado pela Suprema Corte Americana.

Menciona-se que durante os anos iniciais de seu nascimento, mais precisamente durante os 11 primeiros anos de sua existência, de 1789-1800, a Suprema Corte Americana teria sido uma Corte inefetiva e desajeitada, mas que sua história mudou radicalmente quando John Marshall se tornou o *Chief Justice* em 1801³⁷⁶.

Ao assumir a presidência da Corte, Marshall estava preocupado com o valor ambíguo de precedente das decisões seriadas (*seriatim decisions*), e então estabeleceu a prática de o *Chief Justice* anunciar uma única opinião que representaria a “a opinião não dividida da Corte”, baseando esta medida política em ideologia e eficiência³⁷⁷.

Em certame promovido no ano de 1952 pela American Bar Association, no concurso de ensaio anual “Ross Prize”, colocou-se como tema “As funções das Opiniões Concorrentes e de Dissenso na Corte da Última Palavra”, e o ensaio vencedor foi a profunda pesquisa de Dean Moorhead, na qual afirma-se que Marshall acreditava que uma voz unificada aumentaria o poder e a dignidade da Suprema Corte³⁷⁸.

Marshall pretendia estimular a confiança pública sobre as decisões da Suprema Corte, para que o Tribunal pudesse aplicar postulados federalistas e nacionalistas, buscando eliminar o medo de advogados e tribunais inferiores de que a Corte Suprema pudesse revisar casos já decididos, afastando-os por julgamentos subsequentes³⁷⁹.

³⁷⁵ Neste item nos beneficiamos de pesquisa publicada sob o nome de “Triângulo da Violência Argumentativa”, no mesmo contexto da permissão de publicação de parte das pesquisas sem que se considere autoplágio.

³⁷⁶ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000).

³⁷⁷ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 267-268.

³⁷⁸ MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, **American Bar Association Journal**, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952), p. 821.

³⁷⁹ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 267-268.

Vale recordar, no entanto, que as ações de Marshall no sentido de implementar uma única opinião da Corte não passaram livres de críticas, pois muitas figuras respeitadas no meio jurídico e político, incluído o então Presidente Thomas Jefferson, condenaram como fascista e autoritária a consolidação da opinião da Corte³⁸⁰.

Conforme observou Lêda Boechat Rodrigues, ao quebrar a prática até então adotada segundo a qual cada Juiz justificaria seu próprio voto, John Marshall arrogou para si a tarefa de redigir, ele mesmo, a maior parte dos acórdãos importantes, tendo escrito todos os acórdãos durante os cinco primeiros anos, salvo quando impedido, e nos sete anos posteriores, redigiu 130 acórdãos, deixando apenas 30 para os demais pares, tendo como característica raramente citar autores e precedentes, e permanecer na Corte Suprema até o seu falecimento em 1835, não conseguindo cumprir seu plano de, quando aposentado, ler somente literatura e poesia³⁸¹.

A propósito, curioso o argumento de Thomas Jefferson de que a prática de Marshall seria um “perigoso engenho de consolidação”³⁸², e ainda, tornaria os juízes preguiçosos e incompetentes, uma vez que ninguém saberia qual opinião seria de qual membro individual no caso, e nem se aquele que “compilou a opinião da corte” teria concorrido ou concordado com ela³⁸³.

Em todo caso, uma advertência deve ser frisada, no sentido de que a opinião da corte não representaria necessariamente ausência de confusão:

Opiniões consolidadas da Corte não existiriam sem a inovação do Presidente da Suprema Corte John Marshall. Eliminando a prática ‘*seriatim*’, Marshall lançou as bases para as misturas de opiniões hermeneuticamente confusas, concorrências e dissensos. Poucas pessoas hoje questionam a Lei de Marshall sobre as opiniões consolidadas. Ironicamente, a despeito da insistência de o Chief Justice Marshall em abolir decisões ‘*seriatim*’ fraturadas, mantendo precedentes íntegros, decisões divididas são agora mais comuns e mais confusas³⁸⁴

³⁸⁰ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 267-268.

³⁸¹ BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 27.

³⁸² MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: **Concurring and Dissenting Opinions**, p. 821.

³⁸³ STEWART, David O. A Chorus of Voices, **American Bar Association Journal**, vol. 77, nº 50, (1991).

³⁸⁴ Tradução nossa do original: “Consolidated opinions of the Court would not exist without Chief Justice Marshall’s innovations.⁴⁹ By eliminating the *seriatim* practice,⁵⁰ Chief Justice Marshall laid the groundwork for the hermeneutically confusing mixtures of joint opinions, concurrences, and dissents.⁵¹ Few people today question the “Marshall law” of consolidated opinions.⁵² Ironically, despite Chief Justice Marshall’s insistence on abolishing fractured, *seriatim* decisions and maintaining straightforward precedents, divided decisions now are more common and more confusing”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 271.

De fato, o modelo deliberatório não representa por si só anarquia argumentativa, pois uma decisão pode representar a “opinião da corte”, “*per curiam*”, e seu corpo trazer argumentos confusos e desconexos, e uma decisão “*seriatim*” pode trazer um voto condutor coerente com o qual os demais julgadores se limitem a dizer a quase monossilábica frase: “com o relator”.

No entanto, o modelo em que cada Juiz profere uma decisão/voto separado tende a permitir uma maior dificuldade na apreensão acerca do que, ou qual, efetivamente teria sido a decisão representativa da Corte.

O grande problema parece ser a “pluralidade de decisões” dentro de uma decisão, e em mais de um sentido. Cite-se o caso em que formam-se vários grupos de decisões divergentes concorrentes, no caso da Suprema Corte Americana em que três juízes votam em um sentido, três em outro e mais três em outro, sendo de se destacar que as decisões passaram a ser divididas em tópicos.

Adam Hochschild, discorrendo sobre tentativas de solução do impasse criado com pluralidades decisórias, recorda que no *common law*, ao longo do século XIX, decisões seriadas ou fragmentadas (*seriatim*) eram válidas apenas enquanto julgamento, mas não como racionalidade dele, ou seja, as cortes não olhavam para decisões plurais em busca de mais de uma “*ratio decidendi*”, vale dizer, para várias “*ratios decidendis*”, e esta hipótese forneceria peso de precedente apenas em casos subsequentes que apresentassem fatos substancialmente similares, pois racionalidades autorizativas aplicáveis a casos subsequentes requerem apoio eminentemente majoritário³⁸⁵, na realidade judicante americana.

Um caso emblemático julgado pela Suprema Corte Americana em 1977 é tido como a marca que supostamente estabeleceria o critério a ser adotado em caso de pluralidade de racionalidades. Cuida-se do caso “*Marks v. United States*”³⁸⁶, conhecido também como “*Marks test*” ou como “*narrowest grounds test*”³⁸⁷, no qual ficou decidido, expressamente, que:

Quando uma corte fragmentada decide um caso, e nenhuma única racionalidade explique o resultado de acordo com o assento de cinco Ministros, a regra de decisão do Tribunal pode ser vista como aquela posição adotada por aqueles membros que concordaram no julgamento sobre os fundamentos mais restritos³⁸⁸

³⁸⁵ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 278.

³⁸⁶ *Marks v. United States*, 430 U.S. 188, 193 (1977).

³⁸⁷ HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 285.

³⁸⁸ Tradução nossa do original: “[w]hen a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, ‘the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who

Entretanto, este teste da racionalidade “Marks test” ou “narrowest grounds test” foi abandonado e retomado algumas vezes pela Suprema Corte Americana, em razão de ser mais fácil falar sobre ele do que aplicá-lo, na prática, ou mesmo, em razão de permanecer um desafio a questão da existência da pluralidade de racionalidades³⁸⁹.

Segredo, Mistério vs. Suposta Abertura

É preciso fazer aqui, neste ponto, uma diferenciação entre a pluralidade de racionalidades na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, pois além das peculiaridades do modelo deliberativo (*per curiam v. seriatim*), existente ainda a questão sobre a publicidade pela qual se dão, ou ocorrem, tais deliberações.

No modelo Americano o público em geral, e mesmo os advogados das causas em particular, não assistem as deliberações decisórias, pois há certo ar de segredo e mistério nas deliberações da Suprema Corte Americana. Mencione-se que em 1979 quando Bob Woodward e Scott Armstrong publicaram o livro “*The Brethren: Inside the Supreme Court*”³⁹⁰, revelando bastidores do Tribunal a partir de declarações feitas por funcionários e estagiários, foi considerado um escândalo, causando a fúria dos Ministros, e o fato ocorreu novamente em 2004³⁹¹ com a revelação dos bastidores da decisão do Caso Bush v. Gore quando David Margolick escreveu “*Vanity Fair*”³⁹².

Nada parecido jamais ocorreu no Brasil, e os comentadores mais autorizados da Suprema Corte Brasileira continuam sendo Lêda Boechat Rodrigues, com seus 4 tomos³⁹³

concurrent in the judgments on the narrowest grounds”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 279.

³⁸⁹ A propósito, veja-se com minúcia a descrição dos casos subsequentes em que a Suprema Corte Americana adotou o referido teste, bem como quando decidiu abandoná-lo ou quando aplicou inconscientemente em: HOCHSCHILD, Adam S. **The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision**, p. 278-286.

³⁹⁰ WOODWARD, Bob; et al. **The Brethren: Inside the Supreme Court**. New York: Simon and Schuster, 1979.

³⁹¹ MARKHAM, James. Against Individually Signed Judicial Opinions”, **Duke Law Journal**, vol. 56, (2006), p. 923.

³⁹² MARGOLICK, David; et al, “**Vanity Fair: The Path to Florida**”, Truthout, December 16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, Disponível em: <<http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>>, acesso em: 07.07.2014.

³⁹³ A conhecida biógrafa do Supremo Tribunal Federal, Lêda Boechat Rodrigues, dividiu os 4 tomos em épocas distintas e em quase todos atribuiu referência temática, à exceção do último, sendo que o tomo I aborda os anos 1891-1898 (Defesa das Liberdades Cívicas), o tomo II os anos 1899-1910 (Defesa do Federalismo), o tomo III os anos 1910-1926 (Doutrina Brasileira do Habeas Corpus), e o tomo IV, v. I os anos 1930-1963, sendo este último lançado em 2001, onze anos após o tomo III, trabalho interrompido com o falecimento da historiadora. Cfr.: BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Cívicas, Tomo I (1891-1898)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

sobre a história do STF, Aliomar Baleeiro que chamou a Corte de este outro desconhecido³⁹⁴, e Hugo Mósca³⁹⁵, falando de suas memórias do Supremo “de Ontem e de Hoje”, todos os três visceralmente ligados a Suprema Corte, um ex-ministro, uma ex-taquígrafa e um ex-secretário-geral, embora certa polêmica tenha frequentado o imaginário forense com as duas publicações da Revista Piauí em agosto³⁹⁶ e setembro³⁹⁷ de 2010, com as reportagens de Luiz Maklouf Carvalho, que culminou com alguns ministros chamando as reportagens de fraude³⁹⁸.

Não se pode olvidar, por suposto, como importante fonte de pesquisa sobre o STF a densa pesquisa de Arnaldo Godoy que vislumbrou no STF um ponto cardeal de disputa pelo poder, fazendo um importante inventário historiográfico³⁹⁹ do período compreendido entre 1935-1965, devendo ser mencionada ainda a coleção institucional de biografias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal denominada “Memória Jurisprudencial”, pela qual já foram publicadas biografias jurisprudenciais dos Ministros Ribeiro da Costa⁴⁰⁰, Nelson Hungria⁴⁰¹,

³⁹⁴ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal, Êsse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

³⁹⁵ MÓSCA, Hugo. **O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje**. 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.

³⁹⁶ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. **Data Venia, o Supremo, Revista Piauí**, Edição 47, Agosto de 2010.

³⁹⁷ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. **O Supremo, quousque tandem?**, Revista Piauí, Edição 48, Setembro de 2010.

³⁹⁸ CHAER, Márcio. **Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem**, Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>>, acesso em 07.07.2014.

³⁹⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965) - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁴⁰⁰ Sobre o Ministro Ribeiro da Costa, cfr.: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

⁴⁰¹ Sobre o Ministro Nelson Hungria, cfr.: FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

Aliomar Baleeiro⁴⁰², Carlos Maximiliano⁴⁰³, Castro Nunes⁴⁰⁴, Eptacio Pessoa⁴⁰⁵, Evandro Lins⁴⁰⁶, Hahnemann Guimarães⁴⁰⁷, Orozimbo Nonato⁴⁰⁸, Pedro Lessa⁴⁰⁹ e Victor Nunes⁴¹⁰.

Dentre estes 11 biografados de forma institucional, 2 Ministros cassados/aposentados compulsoriamente (Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva), mas o universo de “violência mais do que argumentativa” contra a Corte envolve um total de 15 Ministros afastados, e que reclamam, todos eles, por uma “Memória Jurisprudencial”, até mesmo para que se possa compreender adequadamente os “perigos argumentativos da Corte”.

Observe-se que durante o Império, quando nossa mais alta Corte era chamada de Supremo Tribunal de Justiça, foram afastados de suas funções, por Decreto de 30 de dezembro de 1863, 4 (quatro) de seus Juizes, porque teriam decidido contrariamente aos interesses da amante do Imperador⁴¹¹ – a Condessa de Barral – em um inventário judicial⁴¹². Pedro Calmon, sobre o episódio de 1864 e as aposentadorias de 4 Juizes por Pedro II, narra:

“[sobre Pedro II] Gabava-se de nunca ter demitido um funcionário por suas ideias, de nunca ter sobreposto ao merecimento de um professor as convicções filosóficas, de jamais ter suportado a corrupção, premiado o desleixo dum magistrado, de deveres tão rigorosos, na sociedade, como o soberano, que lhos vigiava. Porque aposentou, com violência, acima da lei,

⁴⁰² Sobre o Ministro Aliomar Baleeiro, cfr.: JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

⁴⁰³ Sobre o Ministro Carlos Maximiliano, cfr.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

⁴⁰⁴ Sobre o Ministro Castro Nunes, cfr.: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

⁴⁰⁵ Sobre o Ministro Eptácio Pessoa, cfr.: NOLETO, Mauro Almeida. **Memória jurisprudencial: Ministro Eptácio Pessoa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

⁴⁰⁶ Sobre o Ministro Evandro Lins, cfr.: ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

⁴⁰⁷ Sobre o Ministro Hahnemann Guimarães, cfr.: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

⁴⁰⁸ Sobre o Ministro Orozimbo Nonato, cfr.: LEAL, Roger Stiefelmann. **Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

⁴⁰⁹ Sobre o Ministro Pedro Lessa, cfr.: HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

⁴¹⁰ Sobre o Ministro Victor Nunes, cfr.: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

⁴¹¹ LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997, p. 400.

⁴¹² CALMON, Pedro. **O Rei filósofo: vida de D. Pedro II**. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 123-124.

ministros do Supremo Tribunal de Justiça, num escândalo administrativo que enervou o país?

Por íntima convicção: o conde de Barral, esposo da preceptora de suas filhas, a espiritual senhora de Barral e Pedra Branca - queixara-se, ao partir para a Europa, que parte da herança do sogro ficara nas engrenagens do fôro, comida por juízes fáceis ... Hein? Abriria inquérito ... Viu que isso não produziria nenhum resultado. Já, n'outra feita, justificando semelhantes aposentadorias disciplinares, Nabuco de Araújo confessara que nunca se provam acusações assim ... Então, furioso, impusera ao ministério o decreto corretivo, que arrancava à nobreza das togas o melhor privilégio, a intangibilidade. O ministério aprovou. Resistiu, com uma impávida teimosia, o presidente da Corte, Monserrate, velhinho e irredutível, estadista da Independência e como enfiado de aço, que preferiu demitir-se, a ceder. Foi, pelo povo, pela oposição, homenageado, com uma coroa de ouro. D. Pedro II conservou-se mudo”⁴¹³

Os 4 “aposentados” em 1864, por Ordem Imperial de Pedro II, e sem processo judicial ou mesmo administrativo, foram os Ministros Gustavo Adolfo d'Aguilar Pantoja, Tibúrcio Valeriano da Silva Tavares, Cornélio Ferreira França e José Antonio de Siqueira e Silva. Como observado por Pedro Calmon, tal episódio desgastou o então presidente da Corte, Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos (o Visconde de Monserrate) que se recusava a cumprir a execução da imposição Imperial, que, quando se viu pressionado, pediu exoneração do cargo de presidente, voltando à bancada de Juiz. Tal episódio é narrado nos anais do Supremo⁴¹⁴.

Posteriormente, já nos conturbados anos da primeira Era Vargas, aposentaram-se por meio de igual violência mais 6 (seis) Ministros por meio do Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931, em que foram aposentados os Ministros: Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca⁴¹⁵.

Sobre as aposentadorias de 1931, notável é caso do Ministro Pires e Albuquerque, que atuou como Procurador Geral quando o cargo recaía entre um dos ministros do Supremo,

⁴¹³ CALMON, Pedro. **O Rei filósofo: vida de D. Pedro II**, p. 123-124.

⁴¹⁴ Os comentários sobre a biografia do então Ministro do STJ – Supremo Tribunal de Justiça Visconde de Monserrate (Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos) no site do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=285>>, acesso em: 02.07.2014.

⁴¹⁵ Vale o registro da medida, na qual aparecem como firmatários Getúlio Vargas e Oswaldo Aranha, que “aposenta Ministros do Supremo Tribunal Federal”: “Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante; Decreta: Art. 1º São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vigente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca”. Cfr.: Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931.

que inclusive fez publicar um livro intitulado “Culpa e Castigo de um Magistrado”, em que arrola as peças e manifestações orais nos casos em que atuou, além de manifesto final⁴¹⁶.

Divide o livro em várias partes, entre elas “o caso da Vice-Presidência da república em 1922” em especial sua atuação no HC 8.584, na sessão de 8 de julho de 1922, o “levante de 1922” no caso da exclusão dos alunos da Escola Militar, no HC 9.231, na sessão do dia 25 de junho de 1923, o caso do julgamento sobre a conveniência e oportunidade da decretação do Estado de Sítio e das Medidas e Exceção pelo executivo em 1925, no HC 14.583 (impetrante o Sr. Senador Muniz Sodré, paciente o Sr. Edmundo Bittencourt), na sessão do dia 28 de janeiro de 1925, o Levante de 1922, em que se julgou as “imunidade estaduais e o estado de sítio”⁴¹⁷.

Mais à frente refere-se ao HC 8.603 (impetrante o Sr. Deputado Macedo Soares, paciente o Sr. Capitão de Corveta A. Vasconcelos) na sessão do dia 24 de julho de 1922, a Acusação Oral por ocasião do Julgamento da Rebelião de São Paulo, na sessão do dia 16 de novembro de 1927, o julgamento da chamada “Conspiração Protógenes” na Apelação Criminal nº 1.008, na sessão do dia 16 de maio de 1928. O livro finaliza-se com alguns artigos de jornal e pronunciamentos do Ministro Pires Albuquerque, que renunciara ao cargo de Procurador Geral após a derrocada da revolução de 1930, e por fim acabou sendo “aposentado compulsoriamente” juntamente com mais 5 ministros da Corte em 1931⁴¹⁸.

É o próprio Pires e Albuquerque⁴¹⁹ quem sentencia os motivos do calvário de sua aposentadoria após 11 anos de exercício no Cargo de Procurador: “Subindo ao Supremo Tribunal os processos instaurados contra os revoltosos de 1922 e de 1924 a 1927, tocou-me acusa-los como representante do Ministério Público. Era o dever imposto pelo cargo e este dever estava de acordo com a minha consciência”⁴²⁰.

Valer registrar que o julgamento dos cadetes da Vila Militar, que aderiam ao movimento de 5 de julho, em 1922, aliando-se aos “Dezoito do Forte” ganhou um capítulo recente com a afirmação de que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sebastião Lacerda

⁴¹⁶ PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

⁴¹⁷ PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**.

⁴¹⁸ PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**.

⁴¹⁹ Resgatando também aspectos históricos importantes, em estudo publicado em 1982, relatando as agruras e dificuldades, Luiz Gallotti, que se casara com a filha de Pires e Albuquerque, ramo familiar de linhagem que descende até a atual ministra Isabel Gallotti do STJ, filha de Octávio Gallotti, que por sua vez é filho de Luiz Gallotti, estes últimos foram ministros e presidiram o Supremo Tribunal Federal. Cfr.: GALLOTTI, Luiz. “Pires e Albuquerque”. Em: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos**, Editado por Josaphat Marinho e Roberto Rosas, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25. Brasília: Ed. UnB, 1982, p. 93-104.

⁴²⁰ PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**, p. 128.

teria sido ameaçado de “aposentadoria compulsória” dependendo do voto que viesse a prolar. Votou solitariamente vencido, não foi aposentado. Morreria pouco tempo depois⁴²¹.

Antes disso, a afirmação de que o Presidente Artur Bernardes chantageou o mesmo Ministro Sebastião Lacerda em ao menos duas oportunidades em troca da promessa de manutenção da integridade física de seus filhos, então presos pelo envolvimento com o movimento Comunista. Uma das situações foi a votação no supremo dos casos dos tenentes, e outro de um habeas corpus de um dono de jornal opositor ao governo. Uma das narrativas refere:

Apesar de sua determinação em se envolver o mínimo possível com a política brasileira, refugiando-se na Constituição e no STF, meu avô acabou sugado pelo redemoinho tenentista. Entre julho de 1924 e abril de 1925, alguns episódios o isolaram de seus pares no tribunal, esmagadoramente fiéis ao Poder Executivo (...) Ainda durante a crise de meu pai na cadeia, a família recebera uma proposta aberta do Ministério da Justiça: se meu Avô renunciasse ao Supremo Tribunal Federal, meu pai e tio Paulo seriam libertados.⁴²²

O terceiro período que contou com aposentadorias “involuntárias” por parte de Ministros do STF ocorreria em 1968/69, após o Ato Institucional nº 5, com o afastamento dos Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Laffayette de Andrada e Gonçalves de Oliveira, estes dois últimos protagonizando um “teatro” de renúncias por troca de Cartas, em solidariedade aos três ministros anteriores, e recordando os episódios que primeiro macularam a Corte em 1864 e 1931⁴²³.

⁴²¹ Embora seja uma narrativa romanceada, clama-se por “romance histórico”, feito pelo historiador Rodrigo Lacerda, filho Carlos Lacerda, o “demolidor de presidentes” que era neto de Sebastião Lacerda, o Ministro do Supremo. Cfr.: LACERDA, Rodrigo. **A República das Abelhas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 164-165.

⁴²² Ainda, sobre o julgamento de habeas corpus de um opositor de um jornal contrário ao governo, menciona que “Outro episódio de atrito frontal entre Sebastião Lacerda e Artur Bernardes ocorreu seis meses após o estouro da Revolução de 24, quando foi votado o habeas corpus do diretor de um jornal opositor. Como meu pai, o homem continuava preso sem acusação formal. Antes da votação no Supremo, o chefe de polícia apareceu na rua do Leão, prometendo que, caso meu avô se abstivesse de votar, meu pai e meu tio seriam soltos. Novamente obrigado à negociação indigesta, com o delegado e consigo mesmo, o velho jurista saiu-se alegando que seu voto pouca diferença faria, visto já saber que os demais ministros votariam em peso conforme o desejo do governo. Então ele se absteve. Mas a contrapartida não veio, e seus filhos continuaram presos” cfr.: LACERDA, Rodrigo. **A República das Abelhas**, p. 158-159.

⁴²³ É importante fonte de observação e reflexão sobre o delicado momento histórico o discurso de posse do ministro Gonçalves de Oliveira ao assumir, às vésperas da edição do AI 5, a Presidência do STF em 12 de Dezembro de 1968, bem como os discursos de despedida de Luiz Gallotti, presidente que se afastava da “curul” presidencial do STF e do Advogado Sobral Pinto. Após o AI nº 5 e o afastamento de 5 (cinco) ministros do STF, também há outro importante discurso de Luiz Gallotti, em 1969, ao assumir a presidência eventual do supremo após as aposentadorias “forçadas” dos ministros cassados – costuma-se eufemizar o ato – que também é importante fonte história de apreensão deste passado recente, em que se relembram as aposentadorias de 1863 e de 1931, e também as de 1968-69 quando cogitou-se o fechamento do Supremo Tribunal e se questionou o fato de que Gallotti citava o exemplo do Barão (depois Visconde) de Monserrate antes do AI nº 5 mas não lhe seguia faticamente o exemplo. Ver: GALLOTTI, Luiz. **[Discurso]**. In Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 4., 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça,

Como se vê, o ambiente deliberatório pode fazer toda diferença entre “trocar figurinhas” e abdicar de determinada e metafórica “independência”, quando sentar em uma sala “secreta e indevassável” ou a luz do dia, pode significar a diferença entre tomar a melhor decisão jurídica e desagradar os demais poderes da República. O ambiente fechado das deliberações da Suprema Corte Americana é comumente caricaturado pelo uso simbólico da frase de efeito utilizada pelo hoje Ministro aposentado David Souter, que disse: “Eu posso lhe dizer que no dia que você vir uma câmara vindo para nosso Tribunal vai ser por cima do meu cadáver”⁴²⁴.

A grande indagação é saber até que ponto deliberações secretas, ou opiniões unificadas da Corte, contribuem para a manutenção da integridade e ausência de violência contra um Tribunal? Até porque não parece haver quem acredite que a Suprema Corte dos Estados Unidos não sofra pressões as mais diversas para adotar determinado posicionamento, e Robert Bork, um radical, mas um radical pensador, duvida que tal modelo represente democracia e república, preferindo chamar de “oligarquia togada”, e ele estava a se referir ao modelo americano, afirmando que os poderes de escolha dos Juízes não são mais que uma salvaguarda⁴²⁵. Mas contra o que?

Fato é que a decisão aberta e difusa (*seriatim*) adotado no Brasil pode ter causado a cassação de 15 Ministros do Supremo Tribunal, em três períodos diversos, e o modelo de opinião da Corte unificada (*per curiam*), fechado e reservado como vem sendo adotado pela Suprema Corte Americana não teve o condão de eventualmente ensejar o afastamento de algum *Justice*, possivelmente porque arranjos decisórios institucionais são mais facilmente exequíveis na penumbra de uma sala “quase secreta”, sendo aliás difícil descobrir qual Julgador votou em qual sentido. Por outro lado, a votação pública permitiria eventualmente a confirmação/comprovação de arranjos institucionais escusos, que dependeriam muito mais da integridade do magistrado que do modelo deliberatório adotado.

1.3.6. Fecho

Constatamos não existir um divórcio entre as famílias do *common law* e do *civil law*, bem como observamos que a ferramenta primordial para se trabalhar com o precedente é a analogia. Ademais, observou-se que o uso do precedente, por si só, não significa obtenção de maior coerência, estabilidade e segurança jurídica. Antes, pareceu-nos que a concepção que se atribua a “*ratio decidendi*” é que vitalizará ou não uma concepção de precedente, que

16 dez. (Brasília: Diário Oficial da União, 1968), 5365-5366; e: GALLOTTI, Luiz. [Discurso]. Em: Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1., 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados, (Brasília: Diário da Justiça, 1969), 285-286.

⁴²⁴ Tradução nossa do original.

⁴²⁵ BORK, Robert. **Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary**, Heritage Lectures, n 1147 (2008), p. 3.

não pode ser confundido, como visto, com jurisprudência. Também observamos que há interessante história relativa ao modelo decisório americano (*per curiam*), que um dia, no passado, também apresentavam decisões como o STF (*seriatim*), e que dependendo da configuração, pode se invocar elogios e críticas, bem como pretensão de aumento da autoridade decisória do Tribunal.

Além de termos tido a percepção de que as 5 técnicas do precedente comportam variadas atuações, como aplicação, distinção, extensão, revogação, mas também a noção de compactação, amassamento ou narrowing, sentimos a necessidade de observar a ponte que faremos até o capítulo final desta dissertação. Diga-se, desde logo, retomando a premissa (lançada no início do capítulo) de que haveria igualdade de patamares entre a Lei e o Precedente. Esta afirmação está baseada em dois níveis de argumentação. O primeiro, referente a separação dos poderes, observa que a constituição menciona duas vezes “força de lei”, ambas para permitir que o Presidente da República edite Medidas Provisórias com “força de lei”.

Em um segundo nível de argumentação, embora a mesma deferência ao Poder Judiciário não esteja explicitamente na Constituição, sabe-se que a Lei não pode prejudicar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/88), e ainda, observa-se que o CPC de 1973 (art. 468) e o CPC de 2015 (art. 503) estabelecem que a sentença terá “força de lei”. Ou seja, os três poderes podem atuar baseados no postulado da força da lei, um de forma expressa (Legislativo), e os outros dois (Executivo e Judiciário) de forma delegada.

Não fosse por tal motivo, ainda há um outro que merece atenção, qual seja, o postulado da igualdade (art. 5º da CF/88), que potencializa a “força de lei” da decisão, observamos que os três atributos essenciais do “*stare decisis*” (*correctness, fidelity and candor* - abordados quando cuidamos de refletir sobre o “*narrow precedent*”, a partir de Richard Re) são derivados do postulado da igualdade, e, portanto, representam nosso “*stare decisis nativo*”, que significa: em nome da igualdade, que não se muda o que já foi decidido, como pressuposto das técnicas processuais compensatórias, exceto se for necessário mudar em nome da igualdade.⁴²⁶

Neste sentido, tendo sido promulgado o Código Civil de 2015, a reflexão que advém é a de se perguntar por uma mirada geral sob o novo código e se ele influiria no agir decisório da Suprema Corte, com vistas a superar os problemas ora pesquisados. Com efeito, no próximo capítulo enfrentaremos o Novo CPC de uma maneira crítica, para só então partirmos para uma análise sobre a filosofia do precedente, e da racionalidade decisória do STF.

⁴²⁶ GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade no Processo Civil: o processo como técnica compensatória de desigualdades sociais**. 2008. 500f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

2. O Novo CPC: Apreciação Crítica

***Ementa:** Tendo realizado incursão de pesquisa sobre a dimensão conceitual do precedente, nos deparamos com um problema de pesquisa referente a possibilidade de o CPC de 2015 ter resolvido ou não (ou fornecido as condições de possibilidade para resolução do problema), nos levando a realizar uma análise crítica sobre o novel códex.*

2.1. Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais.

2.1.1. Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015

Este capítulo é escrito na forma de ensaio, algo que jamais parece ter sido definido com exatidão⁴²⁷; como espécie, possui inúmeras limitações e um grupo de diferentes sentidos, que se entrecruzam e formam uma unidade a partir do momento em que se esgrime um discurso ou narrativa com a urdidura crítico-reflexiva.⁴²⁸ Já se observou também que o ensaio é um ato de rebeldia,⁴²⁹ e que está imbuído do amplo uso de metáforas, e é exatamente este último aspecto um dos motivos pelos quais é mais criticado.⁴³⁰

As metáforas, além das críticas que podem receber, também servem para informar e estruturar o pensamento em discursos e contextos, e elas são “limites-desenhos”, “limites-manutenção”, “ordenação” e “diferenciamentos”, representando mininarrativas que agem contra o fundo de um conhecimento tácito, e neste sentido, contribuem para trabalhar

⁴²⁷ MÁLISHEV, Mijail. Ensayo: el origen y la esencia del género. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "**El ensayo iberoamericano**", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 267-287.

⁴²⁸ A polissemia decorrente da palavra ensaio atrai as seguintes características: **1)** como tentativa, ligadas as ideias de intenção e intencionalidade, no sentido de que todo ensaio acontece como abertura de um “eu” que se dirige a um “outro”; **2)** como prova, no triplo sentido: de dividir-se de algo, de “por a prova” e de “passar por uma prova”, numa experiência e experimentação artística, retórica e moral; **3)** como simulação de um discurso, um avanço discursivo provisional, em virtude do qual se “espera ver” e se “espera até ver”, parecendo expressar certo extravio da razão, mesmo que sempre encontre o contrapeso da cautela, da sensatez, da realidade de um limite; **4)** como registro da atividade que designa a palavra latina “exagium”, vale dizer, o ato de “pesar”, de comprovar o peso de algo. Cfr. LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "**El ensayo iberoamericano**", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 217-218.

⁴²⁹ ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "**El ensayo iberoamericano**", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 227-232.

⁴³⁰ GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoría del ensayo. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "**El ensayo iberoamericano**", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 14.

mecanismos discursivos relacionados aos fenômenos políticos e sociais de uma maneira particular.⁴³¹

A este propósito, é importante evocar o pensamento de Friedrich Nietzsche, que mencionou:

Então o que é a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos - em suma, uma soma de relações humanas, que foram aprimoradas, transpostas, e embelezadas poética e retoricamente, e que após o uso prolongado parece firme, canônica e obrigatório a um povo: verdades são ilusões sobre as quais alguém se esqueceu o que são; metáforas que estão desgastadas e sem força sensível; moedas que perderam as suas fotos e agora importam apenas como metal, não mais como moedas.⁴³²

Por este motivo, a relativização contextualizada da imagem das moedas da verdade, vale a pena correr o risco da crítica. Metáforas são famosas no meio jurídico, e para recordar apenas um caso notório e enigmático, observa-se que determinada decisão judicial já foi chamada de “*judicial Potemkin Village*” por parte de um dos *Justices* da Suprema Corte Americana⁴³³, e que “tribunais de faixada” ou “inefetivos”, como a maioria dos Supremos Tribunais da América Latina, durante o período das várias épocas ditatoriais, também são chamados de “Cortes Potemkins”⁴³⁴, remontando ao famoso caso “Potemkin village”, no qual Gregory Potemkin teria mandado construir às margens de um rio uma falsa vila para impressionar Catherine II, durante sua visita à Criméia, em 1787.⁴³⁵

Estimula-nos a usar a metáfora para refletir sobre um “CPC Potemkin”, que seria um pretexto para falar de um “novo” código que não é novo, pois mantidas as estruturas

⁴³¹ MOTTIER, Véronique. Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. **Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world**. New York, Routledge, 2008, p. 183-194; CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008, p. 183-194.

⁴³² Tradução livre do original: “What then is truth? A mobile army of metaphors, metonyms, and anthropomorphisms -- in short, a sum of human relations, which have been enhanced, transposed, and embellished poetically and rhetorically, and which after long use seem firm, canonical, and obligatory to a people: truths are illusions about which one has forgotten that is what they are; metaphors which are worn out and without sensuous power; coins which have lost their pictures and now matter only as metal, no longer as coins.” Cfr.: NIETZSCHE, Friedrich. **The portable Nietzsche**. Reprint of the 1954 ed. edited, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988, p. 46-47.

⁴³³ Refere-se à opinião do Justice William Rehnquist emitida no caso “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U.S. 833, 966 (1992-06-29), julgado pela Suprema Corte Americana. A frase dita foi: “Roe v. Wade stands as a sort of judicial Potemkin Village, which may be pointed out to passers-by as a monument to the importance of adhering to precedent. But behind the façade, an entirely new method of analysis, without any roots in constitutional law, is imported to decide the constitutionality of state laws regulating abortion”.

⁴³⁴ BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. **Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009**. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.

⁴³⁵ Há certa controvérsia histórica sobre esse fato, com versões sobre a possível inexistência do fato, supostamente exagerado por inimigos políticos, desde a existência de uma mera “decoratividade exagerada” de uma vila então existente, até a concepção da “Potemkin village” como mito cultural.

centrais e elementares do “velho”, com alguma decoração e perfumaria acrescentada. Isso nos conduz a uma outra metáfora: “a sala de máquinas” do CPC de 2015.

Preocupa-nos o fato de que as linhas mestras do “novo” CPC de 2015 não tenham sido objeto de consultas, precedidas de longas discussões sobre benefícios e malefícios de determinados modelos, junto a grande população votante, ou seja, mais de 140 milhões de pessoas. A população não entrou na “sala de máquinas do novo código de processo civil”, e a mesma crítica realizada por Roberto Gargarella⁴³⁶ (neste aspecto sobre a Constituição), vale para o processo, pois ele (processo) é poder⁴³⁷, isto é, representa a estrutura óssea da sociedade democrática.⁴³⁸

O presente capítulo busca realizar uma abordagem crítica sobre o “novo” CPC de 2015, a partir dos pensamentos crítico-reflexivos de inúmeros autores, citados ao longo do texto, e especialmente de J.J. Calmon de Passos (1920-2008) e Joaquín Herrera Flores (1957-2009), numa perspectiva que se limita, inicialmente, à abordagem sobre o déficit democrático do código e à sua inconstitucionalidade formal, além dos assuntos que lhes sejam conexos.

Pensadores múltiplos e complexos, desnecessário dizer que não concordam eventualmente sobre todos os temas que serão abordados, e nem seria coerente se (e nem seria de se esperar que) isso ocorresse. Mas a crítica, ferramenta especialmente manejada pelos dois, possui um importante papel no direito, embora muitas vezes negligenciado em detrimento de uma pretensa neutralidade apologética. Não nos referimos à crítica pueril e infanticida, que debate com ferraduras *ad hominem*⁴³⁹, mas à crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições.⁴⁴⁰

⁴³⁶ GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010):** The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013; GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame J. Int’L & Comp. L.**, vol. 4, 2014.

⁴³⁷ WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

⁴³⁸ FORTAS, Abe. **Concerning Dissent and Civil Disobedience.** New York: The New American Library, 1968, p. 60.

⁴³⁹ As críticas *ad hominem* são válidas apenas quando buscam denunciar o comportamento contraditório.

⁴⁴⁰ Para referirmo-nos a apenas três exemplos de crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições – dentre tantos casos existentes, cite-se respectivamente uma sobre uma obra, uma sobre um instituto e uma sobre ciclo de rebates críticos: **1)** a interessantíssima análise crítica que Joaquín Herrera Flores realizou sobre o livro de Antonio Enrique Pérez-Luno (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*), **2)** a ácida crítica de J.J. Calmon de Passos sobre a “Instrumentalidade do Processo”, e, **3)** os vários ciclos de excelentes embates críticos entre Ronald Dworkin e Richard Posner sobre temáticas diversas entre os anos de 1997, 2000 e 2007. Cfr.: HERRERA FLORES, Joaquín. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. **Revista de Estudios Políticos (Nuova Epoca)**, n. 45, mayo-junio, 1985; CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista de Processo** n. 102, 2001; DWORKIN, Ronald. In Praise of Legal Theory. **29 Ariz. St. Law Journal**, 353, 1997; POSNER, Richard. Conceptions of Legal ‘Theory’: A response to Ronald Dworkin. **29 Ariz. St. Law Journal**, 379, 1997; DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinsky. **The New York Review of Books**. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000; POSNER, Richard. An Affair of State: An Exchange. **The New York Review of Books**. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000; POSNER, Richard. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. **94 Nw. U. Law Review**, 1023, 2000; DWORKIN, Ronald. **Posner’s Charges: What I Actually Said.** Disponível em:

Fala-se do tipo de crítica, seminal, que o professor Paul Bator, o grande artífice da reforma do poder judiciário americano das décadas de 1970 e 1980 fez à Richard Posner, ao resenhar um de seus livros, referindo-se a este último como “um escritor preso a uma epistemologia superficial e insatisfatória”⁴⁴¹, críticas essas que Richard Posner considerou interessantes e não desprovidas de mérito, estimulando-o, confessa-o Posner, “a examinar os problemas da filosofia do direito em maior profundidade do que jamais [lh]e ocorrera fazê-lo”.⁴⁴²

Assim, este capítulo pretende realizar breves e sinceras críticas ao “novo” CPC de 2015, com ênfase em ideias, institutos e instituições, e de forma alguma se dirige a qualquer pessoa em particular. Seria desnecessário dizê-lo.⁴⁴³

Embora não expressamente reconhecido, parece haver sobre o “novo” código de processo civil de 2015 uma espécie de “pollyannismo”, segundo o qual muitos juristas emulam sobre ele o “jogo do contente” (*the glad game*), como se dissessem, ou pensassem que fomos presenteados com um código que precisa ser olhado pelos seus melhores lados, no exemplo de quem espera ganhar uma boneca de presente, na caixa de donativos da igreja, mas acaba recebendo um par de muletas.⁴⁴⁴

<<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15; POSNER, Richard. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. 63 *N.Y.U. Ann. Sur. Am Law* 9, 2007.

⁴⁴¹ BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1985, p. 1161.

⁴⁴² POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. xvi.

⁴⁴³ Em termos de crítica, dentre muitos outros, 5 são os principais documentos utilizados no presente ensaio, referentes ao Código, que naturalmente envolve as ideias inerentes a cada um: **1-** Anteprojeto do CPC do Senado Federal, elaborado comissão de juristas. **2-** Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). **3-** Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). **4 -** Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem). **5 –** Lei Federal n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil. Respectivamente: BRASIL. **Senado Federal**. Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal, 2009; BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011; BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados, 2014; BRASIL. **Senado Federal**. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014; BRASIL. **Presidência da República** (Planalto). Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.

⁴⁴⁴ Explica-se o jogo do contente a partir da narrativa de sua adaptação infantil, num diálogo entre as personagens Nancy e Pollyanna: “(...) – Você é um bocado estranha, menina. Está sempre alegre com qualquer coisa que lhe acontece – observou Nancy. – Foi assim na estação, no sótão, e agora... – Faz parte do jogo. – Que jogo? – O jogo do contente! – Quem meteu isso na sua cabeça, querida? – Meu pai. É um jogo lindo! Brinco disso desde pequena... Pollyanna explicou à empregada que tudo tinha começado com umas muletas que ela e o pai encontraram na caixa de donativos da igreja. Ela havia pedido uma boneca ao pai e, quando a caixa de donativos chegou, só encontraram um par de muletas para criança. – o jogo consiste em encontrar alegria em tudo que acontece. – E onde está a alegria em encontrar muletas no lugar da boneca? Eu posso saber? – No início, eu também não entendia, mas meu pai me explicou... – E então? – A alegria está justamente em não precisar de muletas. Viu como é fácil? Nancy disse que isso era uma grande bobagem, mas Pollyanna não concordou: – Pelo contrário, o jogo é lindo! Desde aquele dia, sempre que acontece alguma coisa ruim, o jogo fica mais divertido. É verdade que foi difícil conseguir jogar quando papai morreu...” Cfr. PORTER, Eleanor. **Pollyanna**. São Paulo: Scipione, 2001, p. 14-15.

Presenciamos um “pollyannismo processual civil”. Recebemos um Código “novo”, que não parece ser novo, mas somos estimulados a olhar pelos eventuais lados bons: seria supostamente um código da democracia; teríamos honorários de advogados públicos e privados minuciosamente estipulados, que são ressaltados como destaques do código, que na verdade possui um outro apelido: **estatuto da advocacia parte II**⁴⁴⁵.

O “pollyannismo processual civil” nos leva a pensar, inconscientemente, da seguinte maneira: se não temos um código aparentemente novo, é como se continuássemos com um velho arcabouço, sobre o qual, pelo menos, já sabemos manejar as estruturas do velho, sobre as quais sequer se cogita utilizar a “crítica” da “interpretação retrospectiva”, da qual nos recorda José Carlos Barbosa Moreira⁴⁴⁶, com a lógica utilizada por Luis Roberto Barroso⁴⁴⁷ para, atualizando o dizer, referir que a Constituição de 1988 demorou a avançar porque seus intérpretes finais, os Ministros do STF durante a transição, não foram substituídos.

A mesma lógica nos levaria a pensar sobre a conveniência de substituirmos todos os ministros do STJ e do STF (aliás, todos os juízes) a cada transição de governo, ou alteração legislativa de grande porte, como os códigos em geral, o que parece avesso ao sistema Constitucional brasileiro.

⁴⁴⁵ Embora a nobre classe dos advogados mereça todo respeito, valorização e consideração, como função essencial à justiça, há que ser destacada contextualmente a retumbante e significativa frase do presidente da OAB Nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho, quando da realização do Congresso Brasileiro sobre o novo CPC, em 13 de abril de 2015, em Brasília, na sede do Conselho Federal da OAB, de que “o novo Código de Processo Civil vem sendo conhecido, por parte da advocacia, como o estatuto da advocacia parte 2, porque todas as conquistas da advocacia que não conseguimos há 20 anos atrás, no estatuto em vigor, agora estão postas nesse novo Código”. Sonha-se com o dia em que um CPC seja o estatuto da cidadania parte I, discutido pelo cidadão, nascido no seio da cidadania e para ele, o cidadão. O veto presidencial sobre uma efetiva novidade do Código ainda fez expressa menção de que a OAB teria se manifestado a favor do veto. Cfr.: Disponível em: <<http://youtu.be/o5SSk74AN-w>>, acesso em: 14.04.2015.

⁴⁴⁶ Sobre o ponto, a observação de José Carlos Barbosa Moreira: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. Cfr.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, n. 304, 1988, p. 151-152.

⁴⁴⁷ Reflita-se sobre a assertiva de Luis Roberto Barroso: “Sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se opera no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações. Não se escapou aqui de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Cfr.: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24; BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999, p. 50-51.

Ao escrever uma das mais famosas “Forewords” da *Harvard Law Review*⁴⁴⁸, analisando o ano de 2000 da Suprema Corte americana (*We the Court*⁴⁴⁹), Larry Kramer observou que John Marshall proferiu a declaração de independência da Suprema Corte com uma frase entrincheirada na decisão do caso *Marbury v. Madison*.⁴⁵⁰ Talvez precisemos de uma declaração de independência contra “pollyannismos”, e possivelmente um início seja substituir a palavra “departamento judicial” por “doutrina e crítica”, na famosa construção frasal.⁴⁵¹

Impressiona-nos o fato de que a engrenagem reformista, inserida na maquinaria do “novo” código, parece albergar um produto que tenta “desafogar” os tribunais superiores em geral, e o STF em particular, dos processos que parecem os sufocar, e para atender a lobbies de vontades corporativas.

A este propósito, calha trazer à reflexão uma das peças teatrais de Nelson Rodrigues, “Bonitinha, mas Ordinária ou Otto Lara Resende”⁴⁵², para recordarmos um de seus personagens mais enigmáticos: o famigerado “Cadelão”, cuja tradução para o inglês seria de difícil versão, mas talvez se acomodasse bem como “*The Big Dog Bitch*”, numa androginia de sentidos.⁴⁵³

Este personagem aparece num contexto mais amplo da obra, e seria aquele que “supostamente” pratica violência sexual contra a personagem Maria Cecília, que na

⁴⁴⁸ O projeto de análise da “temporada” anual do desempenho da Suprema Corte americana é uma rica e ambiciosa experiência da doutrina norte americana, que ocorre desde 1951 num fascículo especial da revista de direito de Harvard (*Harvard Law Review*), na seção “Foreword – The Supreme Court Term”, em que um renomado doutrinador escreve sobre a Corte. Entretanto, a inspiração é mais antiga, remontando a uma série de artigos escritos pelo então professor de direito de Harvard, Felix Frankfurter, e posteriormente Juiz da Suprema Corte, entre 1925-1940. Cfr.: TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. *The Project of the Harvard Forewords: A social and intellectual inquiry. Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994, p. 463-500.

⁴⁴⁹ KRAMER, Larry. *We The Court. Harvard Law Review*, vol. 115, 2001.

⁴⁵⁰ Tão arraigada está a decisão (*Marbury v. Madison*) na cultura jurídica americana, que Larry Kramer cita-a, e ao fazer a ligação em nota de rodapé, questiona, provocativamente: “Eu preciso mesmo incluir uma citação? Por amor à forma: *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch), 137, 176 (1803)”.

⁴⁵¹ Disse o famoso Juiz: “É enfaticamente o domínio e a conduta do departamento judicial dizer o que é o Direito”. Com a mudança proposta, teríamos: “É enfaticamente o domínio e a conduta d[a] [doutrina e da crítica] dizer[em] o que é o Direito”. Sobre o papel da crítica doutrinária, dois pensadores de necessária observação: O primeiro, Lenio Streck, a nos recordar que “a doutrina deve voltar a doutrinar e não se quedar submissa e caudatária da ‘jurisprudência’”; o segundo, Luiz Otavio Rodriguez Jr., sobre o papel da discussão doutrinária como “elemento democrático na criação do Direito”, e que precisa sobreviver; ambos já representam, a seu modo, declarações de independência da doutrina contra “Pollyannismos”. Cfr.: STRECK, Lenio. ENTREVISTA: Direito Sumular. **Carta Forense** de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.

⁴⁵² RODRIGUES, Nelson. **Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

⁴⁵³ A provocação de Nelson Rodriguez mistura numa palavra, o apelido invocado, características de tamanho e miscigenação entre masculino e feminino. Cachorro + Cadela + Grande = Cadelão.

versão cinematográfica⁴⁵⁴ de 1981 é interpretada pela atriz Lucélia Santos. No entanto, uma das duas grandes chaves interpretativas⁴⁵⁵ da peça é o fato de que não se trata de uma violência sexual propriamente dita (no sentido comum), antes, seria a criação de um personagem por parte da suposta vítima de modo a atender às suas próprias vontades e desejos.⁴⁵⁶

Através desta observação, no quadro “reformado”, o Supremo Tribunal passaria a ser uma espécie de “Cadelão” do Direito Constitucional (constitucionalizado e constitucionalizante), e o “novo” CPC de 2015 passa a ser o “Cadelão” do Ordenamento Jurídico. No primeiro caso, porque passa a representar aquele no qual se depositam vontades que, como a lascívia, precisam ser saciadas. No segundo caso, por apresentar uma pluralidade de vontades que são saciadas à conta-gotas.⁴⁵⁷

Ali estão presentes metaforicamente, da maneira como narrado por Walter Benjamin, o jogo e a prostituição⁴⁵⁸, pois no local de realização de ambos se encontra presente a mesma “delícia”, e também a mais pecaminosa delas, que é colocar “o destino no prazer”.⁴⁵⁹

Num primeiro sentido, propiciando a aleatoriedade das circunstâncias, cuja crítica sobre sua racionalidade atinge parlamentos e julgadores, já se tendo falado em justiça

⁴⁵⁴ Versão da Sincrocine, direção de Braz Chediak, com Lucélia Santos, José Wilker, Vera Fischer, Carlos Kroeber, Milton Moraes, Mme. Henriette Morineau, Rubens Correa, e grande elenco, “Bonitinha, mas Ordinária” ou “Otto Lara Resende”, de 1981 é baseado na peça de Nelson Rodrigues.

⁴⁵⁵ A outra grande chave interpretativa refere-se ao fato de que Edgar, funcionário do pai de Maria Cecília, recebe um cheque para que se case com a filha do chefe, num enredo no qual a frase “o mineiro só é solidário no câncer” representa o influxo para que o personagem se liberte, ao final, rasgando o cheque, abandonando tudo e indo viver seu verdadeiro amor com uma “mulher da vida”.

⁴⁵⁶ Na verdade, como revelado na peça, a personagem Maria Cecília, ainda adolescente, lê uma notícia de jornal sobre um estupro praticado por um grupo de homens, e a partir daquele dia passa a acalentar a vontade de ser, ela mesma, violentada por um grupo de homens, seduzindo seu cunhado para que este providenciasse, mediante remuneração, o serviço. O próprio nome “Cadelão” refere-se ao cunhado seduzido, que se apaixona pela tara e devassidão de Maria Cecília. Cfr.: RODRIGUES, Nelson. **Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 101-103.

⁴⁵⁷ A crítica de que a Constituição foi dominada por Lobbys, os mais diversos, feita por J.J Calmon de Passos, se aplica ao novo CPC de 2015. Estão lá materializados os Lobbys dos bancos, dos cartórios, da OAB, da Defensoria Pública, do MP e em alguma medida, da magistratura. Todos pretenderam saciar sua vontade, eliminando sua sede e obstruindo a sua fome, no STF e no novo CPC. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 189-191; CALMON DE PASSOS, J.J. **Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã**. São Paulo: LTR, 2009.

⁴⁵⁸ Além da construção do raciocínio, baseado em Walter Benjamin, observe-se a afirmação do processualista argentino Adolfo Alvarado Velloso, de que a falta de uniformidade jurisprudencial vulnera o postulado constitucional da igualdade, e que a jurisprudência uniforme diminui a litigiosidade e evita a prostituição interpretativa das normas. Cfr.: VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Reflexiones Críticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba**. Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1991.

⁴⁵⁹ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. **Obras Escolhidas III**. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 235-267.

lotérica ou randômica⁴⁶⁰, ou na sugestão de julgamentos por sorteios, como observado por Jon Elster.⁴⁶¹ Num segundo sentido, numa reforma que continua a permitir não duas, mas três instâncias de julgamento⁴⁶², recordando o chiste do Conde Horace de Viel-Castel, que indagado sobre a virtude de certas mulheres, respondeu que elas pareciam bastante com as cortinas dos teatros, pois suas saias se levantam toda noite, não apenas uma, mas três vezes.⁴⁶³

Mas o “pollyannismo processual” nos diz que isso pode ser bom, quando na realidade as três cortinas que devem nos inspirar são muito outras. Observa-se que Vladimir Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula acerca da literatura russa, e ao entrar na sala de aula, imediatamente fechou as três cortinas, para em seguida abrir um pouco a primeira janela, e ao entrar a luz, disse: isso é Pushkin. Na segunda janela, abriu as cortinas um pouco mais que a metade, e disse: isso é Gogol. Na terceira janela, abriu toda a cortina, e com o entrar da luz, disse: isso é Tolstói!⁴⁶⁴

A terceira luz deve ser o Supremo Tribunal Federal, que de *lege lata* não poderia permanecer com a sua competência banalizada, e o estabelecimento de cortinas/janelas com intenção de “filtragem da luz” tem o condão de tornar tão lotérica quanto caricata a acessibilidade aos umbrais da Corte. Neste sentido, o novo não é novo.

2.1.2. O Novo que não é Novo: Processo é Poder.

Com efeito, é importante observar um divisor de águas relativo a identificação dos corpos pré-legislativos do “novo” CPC. Sancionado em 16 de março de 2015, o “novo” Código, a Lei Federal 13.105/2015, finalmente se transformou em realidade após uma

⁴⁶⁰ DUXBURY, Neil. **Random Justice**. Oxford, University Press, 2012.

⁴⁶¹ ELSTER, Jon. **Juicios Salomónicos: Las Limitaciones de racionalidad como principio de decisión**. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

⁴⁶² Evidentemente que a referência tem em mente a primeira instância, o tribunal de justiça (ou regional federal, ou eleitoral, ou militar o trabalhista) e um terceiro nível de análise, para manutenção da integridade do ordenamento em termos de preservação da legislação federal e/ou da constituição, mas não se desconhece que podemos ter nestes casos até 4 instâncias, se considerarmos a recorribilidade do STJ para o STF.

⁴⁶³ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. **Obras Escolhidas III**. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 237.

⁴⁶⁴ Narra-se: “Nabokov, que hoje tem uma altura de Joyce, Proust e Kafka, (...). Mas o Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula sobre literatura russa, e em lá chegando, claro, os garotinhos bem alimentados, olhos verdes, olhos azuis, as meninas bem bonitinhas, já donos do mundo! Falaram: “- O que que esse cara vem dar [de] literatura russa. Nós já sabemos isso”. Eles estavam esperando o burocrata do partido stalinista. Quando Nabokov entrou na sala de aula, ele entrou com uma elegância, que quando o russo atinge essa elegância o inglês é um mendigo. Ele olhou, os garotos olharam (que que essa cara vem fazer aqui). Olhou para as três janelas, com três grandes cortinas, ele foi na primeira janela, fechou a primeira cortina; foi na segunda janela, fechou a segunda cortina; foi na terceira janela, fechou a terceira cortina; [depois], veio na primeira abriu um pouquinho ou quase até a metade, entrou aquela luz, e disse: isso é Pushkin; foi na segunda, abriu-a quase depois da metade, entrou aquela Luz, e disse: isso é Gogol; foi até a última, abriu-a inteira, e disse: isso é Tolstói. Vamos falar sobre literatura russa!” Cfr.: ABUJAMRA, Antônio. **Narrativa Oral. Programa Provoações nº568** com o filósofo Renato Janine Ribeiro, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.

breve⁴⁶⁵ caminhada legislativa, oriunda do Anteprojeto elaborado e apresentado pela comissão de juristas instituída pelo Ato nº 379/2009, por parte do então presidente do Senado, José Sarney. Falou-se em novo, mas o novo não veio.

E porque continuamos a não poder falar em novo processo civil? Pelos mesmos motivos observados por J.J. Calmon de Passos sobre uma reforma pretérita que também pretendia trazer o “novo”, nos advertindo: “para se falar em um novo processo civil teríamos que comprovar terem ocorrido mudanças no tocante ao processo de produção do direito”. E este modo de produção do direito ocorre em variados níveis de complexidade.⁴⁶⁶

Como observa Deleuze, citado por J.J. Calmon de Passos, devemos desconfiar de países com muitas leis, pois este fato denuncia a fragilidade de suas instituições.⁴⁶⁷ Mais ainda, e aqui atualizamos o pensar, desconfiemos também se for agigantado o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, Súmulas Vinculantes, etc.

No momento da escrita destas linhas, no plano federal, temos contabilizadas mais de 13 mil Leis Federais Ordinárias, 149 Leis Federais Complementares, 8.433 Decretos (sem contar os Decretos não numerados), 2.230 Medidas Provisórias Anteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 673 Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 5.310 ADI's, 341 ADPF's, 32 ADO's, 35 ADC's.

Desconfiemos de nossas instituições, sobretudo na academia, que necessita pensar com os olhos da crítica, especialmente em termos de mudanças legislativas sobre o processo. Conforme observado por Judith Resnik, reconhecida processualista da faculdade

⁴⁶⁵ Breve, considerando-se a data da instituição da comissão elaboradora do anteprojeto e a sua conversão em lei (2009-2015 – 6 anos aproximadamente), evidentemente, relativamente à média das tramitações dos códigos que conhecemos, *e.g.*, o ora vigente Código Civil teve tramitação legislativa entre os anos de 1975 e 2001 (26 anos aproximadamente). Breve, ainda, se considerarmos os longos anos de tramitação legislativa em outros países, como os 20 anos em que as regras federais de procedimento civil dos Estados Unidos foram debatidas no Senado americano até a sua efetiva promulgação em 1934, com entrada em vigor em 1938.

⁴⁶⁶ Observa Calmon de Passos distintos e variados níveis de produção do direito: “processo constitucional, legislativo, negocial, administrativo e jurisdicional de produção do direito, com seus produtos específicos: constituição, leis infraconstitucionais, atos administrativos, contratos e sentenças (*lato sensu*) dos diversos procedimentos adotados por cada qual deles, tendo em vista certas particularidades de seu produto específico. Só para exemplificar: é diverso o procedimento adotado para apresentar, discutir e votar emendas constitucionais daquele adotado para os projetos de lei ordinária, variando este, inclusive, se oriundos do Executivo ou de algum integrante do Parlamento.” Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 18, jun-ago./2009, p. 4.

⁴⁶⁷ Observa Calmon de Passos: “Dar prioridade a soluções jurídicas para conflitos sociais é impossível e indesejável. A nível macro, jamais existiu. A nível micro, denuncia a falência das instituições sociais. A saúde de um povo decorre da saúde de suas instituições sociais. Daí a advertência irônica de Deleuze: se você chegar a um país com muitas leis, não fique nele; isto denuncia a fragilidade de suas instituições. Mas se ele tiver poucas leis, pode nele fazer sua morada. As instituições são fortes e elas é que garantem a saúde social. Em país civilizado, as leis apenas cuidam das instituições já socialmente consolidadas.” Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 18, jun-ago./2009, p. 5.

de direito de Yale, nos Estados Unidos, “a história do processo é uma série de tentativas de resolver os problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁴⁶⁸ Faz algum sentido a observação.⁴⁶⁹ E parece que fará novamente no futuro.

Abe Fortas, um dos mais conhecidos *Justices* da Suprema Corte americana, foi bastante preciso ao afirmar que o “processo é a estrutura óssea de uma sociedade democrática”⁴⁷⁰, o que pode ser resumindo com a observação de Sheldon Whitehouse: “processo é poder”.⁴⁷¹

Acabamos de ver nascer, em 2015, nosso terceiro código de processo civil nacional (1939, 1973 e 2015), e não realizamos uma revolução no processo. Não compreendemos – ou negligenciamos (proposital ou inconscientemente), a necessidade da implementação de robustas bases para um “Direito Processual Social” ou de um “Direito Processual de Grupos Sociais” no Brasil.⁴⁷²

Negligenciamos, como já dito, que o “processo é poder”, e que ele é o mecanismo pelo qual (também) são travadas as lutas por direitos, quando deveríamos ter tido em mente a necessidade de enxergar o processo, e todos os seus institutos e pressupostos a partir da “racionalidade de resistência”⁴⁷³, numa perspectiva que contemplasse sua complexidade a partir dos direitos humanos⁴⁷⁴, com a conscientização de que existem ao

⁴⁶⁸ Em tradução livre do original: “The history of procedure is a series of attempts to solve the problems created by the preceding generation’s procedural reforms”. Cfr. RESNIK, Judith. Precluding Appeals, *Cornell Law Review*, vol. 70, 1985, p. 603-624.

⁴⁶⁹ Toma-se aqui “*procedure*” por processo, e tomaríamos também “*substantive law*” por direito material a partir do clássico artigo de Thurman W. Arnold sobre esse tema em 1932, e portanto antes da reforma federal do “processo” civil nos Estados Unidos. Cfr. ARNOLD, Thurman W. The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. *Harvard Law Review*, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.

⁴⁷⁰ FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.

⁴⁷¹ WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

⁴⁷² Confira-se a bem engendrada narrativa contextualizada sobre a evolução processual, e a necessidade de uma nova tipologia de processo. Primeiro sobre “Direito Processual Social”, e depois em uma atualização desta perspectiva, para “Direito Processual de Grupos Sociais”. Cfr.: GUEDES, Jefferson Carús. **Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas**, Brasília: versão do autor, 2015 (mimeo); GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 82, p. 45-79, 2013; ROCHA, E. P.; GUEDES, J. C. . **Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales**. Universidad Complutense de Madrid. España. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas*. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, n. 2, enero-junio, 2006, p. 55-91; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas*. **Revista de Processo**, v. 142, p. 137-167, 2006;

⁴⁷³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴⁷⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada*. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 1, p. 103-, junho/2008; HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

menos seis decisões iniciais⁴⁷⁵ e seis paradoxos⁴⁷⁶ referentes aos direitos humanos, cujo esquema de compreensão teórica radica na insuplantável figura do diamante ético⁴⁷⁷, e que precisavam ser inseridos, em perspectiva de criação legislativa, no “novo” CPC, inclusive a partir e além das premissas para uma teoria crítica do direito.⁴⁷⁸

E isso porque as mesmas necessidades de se “reinventar os direitos humanos”⁴⁷⁹ estariam presentes (também) na necessidade de “reinvenção do processo civil”, que equivale a dizer: reinvenção de um mecanismo de poder, representativo da estrutura óssea da sociedade democrática.

No entanto, preferimos elaborar um Código que não inova em praticamente nada, e, portanto, sequer deveria ter nascido.⁴⁸⁰ Quais são as grandes novidades do código

⁴⁷⁵ Registre-se desde logo que as 6 decisões iniciais sobre os direitos humanos, observadas por Joaquín Herrera Flores, são: 1) pensar, é pensar de outro modo; 2) transição da negatividade dialética para a afirmação ontológica e axiológica; 3) pensar as lutas por dignidade humana significa “problematizar” a realidade; 4) transitar da utopia para as “heterotopias”; 5) a indignação relativamente ao intolerável deve nos conduzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas; 6) nem todos são iguais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. **La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos**. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁴⁷⁶ Observe-se desde logo que os 6 paradoxos referentes aos direitos humanos observadas por Joaquín Herrera Flores são: 1) o “lugar comum”; 2) a “condição humana”; 3) os “padrões duplos”; 4) “os direitos e o mercado”, 5) “os direitos e os bens”, e, 6) os direitos humanos, como produtos culturais ou ideológicos? Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. **La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos**. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁴⁷⁷ Com a figura do diamante ético de Joaquín Herrera Flores, um bom exemplo de acolhimento de marcos teóricos para levá-los além, conforme Antonio Suxberger: “oriundo da figura do diamante cultural delineada por Wendy Griswold, o diamante ético concretiza um esquema de conhecimento e ação, para enfim se estabelecer como um marco pedagógico na teoria crítica dos direitos humanos. Em verdade, e aqui sem nenhum demérito à importantíssima obra de Griswold, talvez a maior contribuição de *Cultures and societies in a changing world* tenha sido exatamente incutir em Joaquín o que lhe levaria a criar seu diamante ético”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

⁴⁷⁸ A esse propósito, as 16 premissas de uma teoria crítica do direito de Joaquín Herrera Flores, pois precisa ficar claro que o direito, inclusive o direito processual, é sempre o produto de uma determinada ordem de relações sociais, e o qual, uma vez validado institucionalmente, passa a condicionar e regular o acesso aos bens desde o ponto de vista de quem detenha, ou controle o poder, e nesta perspectiva, o direito é sempre um processo de criação e reprodução de objetos (normas, regras, procedimentos) que estão em estreita relação com a divisão social em classes hegemônicas e subordinadas, ou seja, o direito não sustenta a si mesmo, eis que reconhece e garante os resultados das lutas sociais, precisando do apoio e da crítica de grupos de interesse ou movimentos e organizações sociais – cada um a seu modo, defendendo diferentes formas de regulação das relações sociais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13.

⁴⁷⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvencción de los derechos humanos**. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

⁴⁸⁰ Veja-se, a propósito, que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao analisarem o Anteprojeto e o Projeto do Senado, em 2010, observaram que um código deve pretender sistematizar o direito processual, fazendo uma crítica sobre a dualidade do CPC Buzaid de 1973 e do Código Reformado, mas que a sistematização não seria a única razão ou oportunidade para um novo código, vale dizer, um novo código também deve apresentar “renovação metodológica”, pois em seu seio encontra-se presente a dualidade “tradição” e “ruptura”: “se o que se pretende é a outorga de coesão ao direito processual civil, e o acréscimo deste ou daquele instituto novo, colhe-se ensejo para simples consolidação. Aí sobressai com maior peso a tradição. Codificar e consolidar são coisas diferentes”. Observaram ainda que diferentemente das codificações processuais civis de 1939 e 1973, o Projeto apenas repetia muito do que já existia. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 56. Veja-se ainda a profunda pesquisa de Fábio Siebeneichler de Andrade acerca da codificação, com destaque para a perene disputa entre

“novo”? Acabar com o juízo de admissibilidade nos Recursos Especial e Extraordinário pelo presidente dos tribunais *a quo*?⁴⁸¹ Ora, ele nem sempre existiu⁴⁸², e sua morte pelo código “novo” confirma Judith Resnik, de que jamais deveria ter nascido, pois – repita-se: a história do processo é uma série de tentativas de resolver os problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁴⁸³

A novidade seria o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”? Um grupo de quase meia dúzia de artigos que já eram, no modelo anterior, em suas linhas gerais, seguidos por grande parte dos juízes, à exceção dos juízes trabalhistas, que continuarão a não fazê-lo? Acabar com o livro do processo cautelar? Mantendo pedido de “procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente”?

A novidade estaria em estabelecer, minuciosamente, casos em que a sentença não será considerada fundamentada? Repete o truísmo da desnecessidade dos Embargos de Declaração⁴⁸⁴, pela mesma lógica: a previsão de fundamentação é constitucional, e estabelecer formalismos de “justificação da decisão” peca por não se preocupar com o que era mais óbvio e necessário: um *quadrivium* representado pela correta adoção, a partir de uma perspectiva constitucional, de mecanismos que permitissem e unificassem legislativamente: **1)** teoria das fontes; **2)** teoria da norma; **3)** teoria da interpretação; e, **4)** teoria da decisão.⁴⁸⁵

Entretanto, optou-se por fazer coexistir uma mixagem teórica⁴⁸⁶ absolutamente inadequada, ao tempo em que se adota mecanismo que estabelece que “Os

“ratio” e “*autoritas*” no seio da disputa codificante. Cfr.: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação – A crônica de um conceito**, Livraria do Advogado, 1997, p. 27-28.

⁴⁸¹ CPC/2015: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

⁴⁸² Lei Federal 3.396/1958, que alterou os artigos 864 e 865 do CPC/1939: “Art. 3º O recurso será interposto perante o presidente do Tribunal recorrido, e, nas causas alçada perante o próprio juízo prolator da decisão da qual se recorre. § 1º Recebida a petição, publicar-se-á aviso do seu recebimento e ficará ela na secretaria do Tribunal ou no cartório do Juízo, à disposição do recorrido, que poderá examina-la e impugnar o cabimento do recurso dentro em três (3) dias, a contar da publicação do aviso. § 2º Findo esse prazo, serão os autos, com ou sem impugnação, conclusos ao presidente do Tribunal ou ao Juiz, que deferirá ou não o seguimento do recursos (sic) no prazo de cinco (5) dias. § 3º Será sempre motivado o despacho pelo qual o presidente do Tribunal ou o Juiz admitir o recurso ou denegar a sua interposição”. Confira-se, ainda, o clássico “Juízo de admissibilidade dos recursos civis”, de José Carlos Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Civis. **Revista de Direito**, Volume 19, 1976, p. 104-105.

⁴⁸³ Confira-se a nota n. 413, *supra*.

⁴⁸⁴ Por todos, confira-se: STRECK, Lenio. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: **Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico**, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014, p. 90-97.

⁴⁸⁵ Conforme observado por Lenio Streck, “no Brasil, com o advento da Constituição, ocorreram demandas das mais variadas. No campo da teoria do direito, precisamos de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da interpretação e, finalmente, uma nova teoria da decisão”. Cfr. STRECK, Lenio. Entrevista. **Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais**. V. 81, n. 4, ano XXIX, Out./Dez.-2011, p. 16.

⁴⁸⁶ Confira-se os “12 Pontos de Streck” contra mixagens metodológicas: STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 143-153. E ainda, conforme observa o mesmo autor em outra oportunidade: “O pensamento jurídico (desde a dogmática jurídica até alguns setores sofisticados da teoria do direito)

tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁴⁸⁷, estipula-se que o juiz (e está implícito também o Tribunal), no “caso de colisão entre normas”, deve “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada”⁴⁸⁸, enunciando – registre-se, “as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Sem dúvida uma espécie de “*Führerprinzip*”⁴⁸⁹, a despertar o mesmo tipo de preocupação que John Hart Ely⁴⁹⁰ suscitou ao escrever sobre a Suprema Corte americana em 1978, e cuja preocupação foi retomada por Richard Posner⁴⁹¹ ao também escrever sobre a Suprema Corte americana em 2005.

Sem nos alongarmos demasiadamente sobre o tema, recordemos aqui que geralmente a ponderação é realizada (de maneira simplista, equivocada e *ad hoc*⁴⁹²) com base

professa, de há muito, um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos. Ou seja, os mais diversos juristas constroem sua argumentação sob um solo mutante, composto por tipos diversos – e no mais das vezes contraditórios – de posições filosóficas. Chamo isso de “mixagem teórica”. Cfr.: STRECK, Lenio. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011, p. 635; STRECK, Lenio. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba*, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

⁴⁸⁷ Conhecida como “Emenda Streck”, a introdução da excelente e necessária previsão de que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, e mantê-la estável, íntegra e coerente, sofre os influxos da pernicioso convivência com a mixagem teórico-legislativa da ponderação. Cfr.: STRECK, Lenio. **Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** *Conjur* de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck- agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015; STRECK, Lenio. **Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** *Conjur* de 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>, acesso em: 15.04.2015; STRECK, Lenio. **Ganhos Para O Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!** *Conjur* de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁴⁸⁸ Veja-se, a este propósito a crítica de Lenio Streck, para quem a inserção da ponderação é inadequada. STRECK, Lenio. **Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** *Conjur* de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁴⁸⁹ Observe-se que a previsão de afastamento de uma norma, em detrimento de outra, por motivos de “justiça”, baseados na discricionariedade do juiz, nos faz recordar o discurso de Adolf Hitler sobre “o Führer protege o Direito”, numa “oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e da justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”, e ele, o Führer, protege o Direito “quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força da sua liderança e enquanto juiz Supremo, conforme observado por Ronaldo Porto Macedo Jr. E ainda, sendo um mecanismo que permite “desformalizar” o direito, no sentido de ser contrária a determinado formalismo, está radicada também na seguinte observação de Cass Sunstein: “No período nazista, os juízes alemães rejeitavam o formalismo. Eles não confiavam no significado ordinário ou original de textos legais. Ao contrário, pensavam que as leis deveriam ser interpretadas de acordo com o espírito da época, definido com referência ao regime nazista. Pensavam que os tribunais poderiam levar a cabo a sua tarefa somente se não permanecessem presos à letra da lei (...)”. Confira-se, respectivamente: MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177-182; SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201-236; GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. **Revista do Curso de Mestrado em Direito**. Presidente Prudente, 2000, p. 59-67.

⁴⁹⁰ ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, **Harvard Law Review** vol. 92, 1978.

⁴⁹¹ POSNER, Richard. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. **Harvard Law Review** vol. 119, 2005.

⁴⁹² Veja-se, a propósito, dois trabalhos acadêmicos de fôlego sobre o uso e sobre o mal-uso da ponderação e da proporcionalidade, que não podem ser simplificados ou vulgarizados: MORAIS, Fausto dos Santos. *Hermenêutica e*

no “princípio da proporcionalidade” e/ou da “razoabilidade”, aos quais o Ministro Eros Grau observou que se transformaram em gazuas aptas a arrombar outros Direitos Fundamentais.⁴⁹³ Faz recordar Goffredo Silva Telles Jr, ao dizer que na ditadura os “Atos Institucionais” eram os “pés-de-cabra” para o arrombamento das estruturas constitucionais do Brasil.⁴⁹⁴

Pois bem, assemelha-se ainda, *mutatis mutandis*, ao que Paulo Bonavides chama de silencioso golpe de Estado institucional, em diferenciação aos golpes de Estado clássicos e tradicionais (que se valem de tanques de guerra nas ruas, do fechamento das casas legislativas e com interdição dos veículos de opinião). Não é um golpe de Estado no governo, e sim nas instituições. O golpe de Estado institucional remove regimes, e não governos. Entende com valores, e não com pessoas.⁴⁹⁵ Este golpe, instrumentado com gazuas e pés-de-cabra, podemos chama-lo de “decisões-golpes de estado institucional fundadas na força proporcional ou razoável da ponderação” [de regras, inclusive].

Ao lado de possivelmente termos realizado transplantes legais (ou jurídicos) de maneira pouco (ou quase nada) refletida, vimos passar à brancas vistas, a oportunidade de inserção de dispositivo que normatizasse a citação/utilização de doutrina e/ou julgados/precedentes de outros países e de órgãos transnacionais⁴⁹⁶, atribuindo menos importância legislativa do que parece necessário sobre a rica discussão acerca do diálogo

pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013, 346f. *Tese (Doutorado)* - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013; LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

⁴⁹³ São as seguintes as contundentes observações de Eros Grau: “Tenho criticado aqui --- e o fiz recentemente (ADPF 144) --- a 'banalização dos princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio superior', aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito'. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual 'não há direitos absolutos'. E tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos”. Em: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008, itens n. 34 e 35 do voto.

⁴⁹⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Uma estória para a história. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 95, 2000, p. 49.

⁴⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.

⁴⁹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

entre juízes⁴⁹⁷, da “teoria dos transplantes jurídicos”⁴⁹⁸ e sobre como esse tema é largamente discutido em outros países, que dificilmente aceitam a utilização de precedentes estrangeiros por uma série de variados e importantes motivos.⁴⁹⁹ Vale, no entanto, uma detida leitura e reflexão sobre a densa tese de doutoramento de Ruitemberg Nunes Pereira sobre a circulação global de precedentes em matéria de direitos humanos, especialmente para pensarmos no contexto brasileiro.⁵⁰⁰

Perdemos a oportunidade de criar um modelo a partir de uma densa reflexão sobre a teoria das exceções normativas, ou derrotabilidade⁵⁰¹ (*defeasibility*⁵⁰²) no âmbito

⁴⁹⁷ VARELLA, Marcelo *Dias*. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 166-225; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n 4, 2012; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de Direitos Humanos**. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direito) — Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

⁴⁹⁸ CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; PARISE, Agustín. **Legal transplants and codification: exploring the north american sources of civil code of argentina (1871)**. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; GIBSON, J. C. **Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system**. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HEIRBAUT, D.; GERKENS, J. F. **In the shadow of France**. Legal acculturation and transplants in the southern Netherlands/Belgium. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HUSA, Jaakko. **Legal families**. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, pp. 382-393, Jan. M. Smits ed., Cheltenham: Northampton, 2006.

⁴⁹⁹ TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. **Columbia Law Review**, v. 57, n. 3, 1957, p. 321; WALDRON, J. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, 119 **Harvard Law Review**. 129, 2005; POSNER, Richard. **No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way**. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014; YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Volume 29, Number 1, 2005; GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. **Ohio State Law Journal**, v. 70, 2009.

⁵⁰⁰ NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos**. 2014, 634f. Tese (Doutorado) - UniCEUB. Brasília, 2014.

⁵⁰¹ No Brasil, escrevendo sobre derrotabilidade, e de consulta obrigatória: CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 52, p. 81-99, 2010; Ainda, a tradução de Tiago Lopes Mosci do artigo: BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.

⁵⁰² Entre tantos outros, sobre a “*Defeasibility*”, são seminais os trabalhos de H. L. A. Hart e Frederick Schauer. O primeiro, introduzindo a ideia de derrotabilidade na filosofia do direito, e da maneira como aparece pela primeira vez no clássico texto a palavra “*defeat*” (derrotar) e “*defeasible*” (derrotável, mas que pode receber o sentido de “anulável”), em tradução livre: “Quando um estudante aprendeu no direito inglês que existem condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, isto é, pelo menos duas partes, uma oferta de um, a aceitação do outro, e em alguns casos um memorando escrito e consideração, seu entendimento sobre o conceito legal de um contrato permanece incompleto, e permanece assim mesmo se ele aprendeu as habilidades dos advogados para a interpretação da técnica, mas alguns termos permanecem vagos como “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “consideração”. Para essas condições, mesmo que seja necessário, nem sempre é suficiente, e ele ainda precisa aprender o que pode anular uma pretensão de que há um contrato válido, mesmo se todas essas condições estejam satisfeitas”. O Segundo, um dos mais famosos defensores da tese de que a “*Defeasibility*” não é parte essencial do direito, observa que ela, a “*Defeasibility*” é muito difundida no direito (mas não falava do Brasil), pois os fazedores do direito não são oniscientes e não podem prever o que o futuro irá trazer, pois isso é uma limitação inerente ao ser humano, e que em casos tais, não previstos, a aplicação do direito pode ocorrer numa perspectiva que seja absurdo, tolo, injusto ou ineficiente. Ver, respectivamente: HART, H.L.A. **The Ascription of**

processual, mas antes, permitimos que um solipsismo jurídico-processual possa avançar em direção à dignidade e à integridade do direito, como um zumbi faminto por devorar os restos de seu próprio cadáver.

A novidade eficaz seria o estabelecimento de uma seção específica sobre “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”? Dificilmente; sem estabelecer um livro ou capítulo no novo CPC que buscasse unificar nacionalmente o processo eletrônico. Vale destacar que poucos dias após a promulgação do CPC de 2015, a OAB apresenta proposta para alterar a Lei 11.419/2006 (lei do processo eletrônico), o que podia, e deveria ter sido feito no CPC para sistematização.⁵⁰³

Acaso a novidade seria a permissão para que se realize sustentação oral nos agravos de instrumento, interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência, conforme previsão do art. 937, inciso VIII, contida no Capítulo “Da Ordem dos processos no Tribunal”?

Trazemos parcialmente de volta a discussão sobre a previsão do art. 857 do CPC de 1939, alterado pela Lei Federal n. 2.970, de 24 de novembro de 1956 (Lei Castilho Cabral), declarada inconstitucional pelo STF em 1º de dezembro de 1956, e suspensa por resolução do Senado Federal (RSF n. 23 de 1959), cuja problemática foi parcialmente revivida com o art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia Parte I), cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF por meio da ADI 1.105, ajuizada pelo Procurador-Geral da República.

E ainda, um recurso *pro et contra*, permitido em casos de deferimento ou indeferimento, que certamente não concorrerá para a celeridade processual, e causará o abarrotamento das pautas dos tribunais, pois sendo de 15 minutos a sustentação oral⁵⁰⁴ para cada uma das partes (recorrente e recorrido), *e.g.*, com 10 Agravos por dia (com vinte sustentações orais), teremos a necessidade de 5 horas apenas para os julgamentos dos ditos agravos. E a previsão aqui é a de celeridade?

Perdeu-se a oportunidade de normatizar, nacionalmente, importantes questões sobre a deliberação nos tribunais, com possibilidades que vão desde o estabelecimento de um

Responsability and Rights. Em: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1949; SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). *Law and Defeasibility*. Oxford University Press, 2010; SCHAUER, Frederick. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*. MDA, **Freeman**, vol. 48, 1998, p. 223-240; SCHAUER, Frederick. *Exceptions*. **University of Chicago Law Review**, vol. 58, 1991.

⁵⁰³ ROVER, Tadeu. **Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico**. *Conjur* de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-Atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.

⁵⁰⁴ Curiosa a mensuração do tempo de fala dos procuradores das partes. Na primeira instância, 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 364); 15 minutos, nas sustentações orais dos casos previstos no art. 937; 30 minutos, no caso de se tratar de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 984, II, ‘a’).

verdadeiro sistema deliberatório (sem desconhecer que esse fato também seria complexo, em razão da discussão sobre a separação das funções do poder estatal), ao estilo socrático⁵⁰⁵ cuja participação do advogado fosse de fato efetiva, perpassando pela normatização contra os abusos dos pedidos de vista⁵⁰⁶, cujo abuso data de há muito tempo no STF, a ponto de o pedido de vista ser chamado de poder de veto unilateral.⁵⁰⁷

Perdeu-se ainda a oportunidade do estabelecimento de formalização e uniformização do modo de escolha e do procedimento de seleção dos juízes dos tribunais, referentes ao quinto e ao terço constitucional, especialmente em relação as sabatinas, com vistas ao estabelecimento dos procedimentos internos referentes as escolhas das listas pelos tribunais e estabelecimento de prazos para a indicação e nomeação. Problemas recentes e notórios parecem decorrer da não existência de uma norma federal sistematizadora e uniformizadora, que bem poderia ser o CPC de 2015.

E não apenas dos juízes, mas também de seus assessores (*law clerks*), pois destes depende grandemente a agenda e as decisões políticas, administrativas e judiciais dos tribunais, devendo ser destacada a famosa frase do Justice da Suprema Corte Americana, Robert Jackson: “O Senado não mais precisa se incomodar com a confirmação dos Justices, mas ao invés disso deveria confirmar a nomeação de seus assessores”.⁵⁰⁸ O próprio *Justice* Robert Jackson referia-se a um de seus assessores (*law clerks*) Bennett Boskey com uma

⁵⁰⁵ Para algumas interessantes discussões sobre alguns limites e problemas da deliberação colegiada, veja-se: DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. *Harvard Law Review* vol. 112, 1998, p. 4-83; SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. *Journal of Institutional Economics*, 2014; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, 2012.

⁵⁰⁶ A normatização contida na engenharia processual do art. 940 não estabeleceu que o prazo não é impróprio, vale dizer, se descumprido mediante justificativa “razoável” permitiria a continuação do quadro dos prazos estabelecidos para os juízes e para os tribunais. E ainda, já havia no CPC de 1973 previsão similar, até a reforma de 2006. Ademais, não estabelece previsão de punição ao presidente de tribunal que não requisitar os autos para julgamento. Nem se diga que a previsão da Representação por Inércia ou por Excesso de Prazo prevista no CNJ resolveria o problema, pois o Conselho é impotente contra o Supremo Tribunal Federal, cujos pedidos de vista são os mais prejudiciais à sociedade coletivamente considerada, em razão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

⁵⁰⁷ Neste sentido, observe-se os dados do projeto “Supremo em Números”, e os artigos de Diego Werneck Arguelhes: ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. **Pedido de vista é poder de veto**. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **Supremo em números. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

⁵⁰⁸ Tradução livre: “*The Senate no longer need bother with the confirmation of justices but rather ought to confirm the appointment of their law clerks.*” (Justice Robert H. Jackson). Cfr.: BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. **Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association**, 2012; PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. *Charleston Law Review*, vol. VII, 2012; PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. *DePaul Law Review*, vol. 58, 2008; PEPPERS, Todd C.; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. *Albany Law Review*, vol. 71, 2008; NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? *Vanderbilt Law Review*, vol. 62, 2009; WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. *The Justice System Journal*, vol. 20, n. 1, 2008.

deferência especial, pois este, sobre assuntos referentes aos procedimentos da Suprema Corte, era aquele que “sabia melhor o que estava fazendo”.⁵⁰⁹

Insista-se na continuação das indagações novidadeiras: estariam as novidades do código em obrigar o seguimento das decisões do STF, ou dos tribunais? E por acaso já não há a previsão constitucional da súmula vinculante? E antes dela, os Assentos⁵¹⁰? E na década de 1933 já não havia o Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, que tornava obrigatório seguir as decisões da Suprema Corte?

Como sempre, fizemos uma reforma que se preocupa em “livrar de processos” os tribunais superiores, e o STF, elegendo prioridades que não são muito bem o que determina o art. 5º, XXXV, da CF/88. Para a falácia de que ninguém tem o direito de levar uma briga de galos - ou de vizinhos, ao crivo da Suprema Corte, basta recordar que sem reforma constitucional que transforme o STF em uma Corte Constitucional, ainda continuam em vigor suas três competências (originária, recursal ordinária e recursal extraordinária).

J.J. Calmon de Passos critica as várias reformas inerentes – especificamente - ao poder judiciário brasileiro, da qual o novo CPC de 2015 seria um fragmento, sob o fundamento de que inexistiria uma crise específica desse poder, mas sim do Estado brasileiro⁵¹¹, e que qualquer tentativa de reforma que se restrinja ao poder judiciário seria de todo inoperante, aliado ao fato de que haveria a necessidade, também, de se ter em conta que

⁵⁰⁹ O Justice Harlan F. Stone, para quem o mesmo assessor (*law clerk*) trabalhou, ao fazer uma carta de recomendação, descreveu com minúcias as tarefas desenvolvidas pelo ajudante: “seus deveres comigo incluíram a preparação de memorando sobre pretensões de casos e casos pendentes perante a Corte; a preparação de memorandos jurídicos; a correção de votos (*opinions*) e, de maneira geral, assistindo à preparação de todo trabalho da Corte para minha disposição e exame.” (Livre tradução). Cfr. BARRET, John Q. **Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering**. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

⁵¹⁰ Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Manuelinas de 1521 (§ 1º do Título 58 do Livro V). Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Filipinas de 1595 (§ 5º do Título 5 do Livro I). Assentos na Lei da Boa Razão, de 18.08.1769. Assentos no Brasil-Império por “Resolução da Assembleia-Geral, por meio do Decreto 2.684, de 23.10.1875. Confira-se, por todos: CASTANHEIRA NEVES, A. **O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Almedina, 2014; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. **Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Salvador, 2008; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. **Revista Evocati** nº 32, 2008; DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. Os “assentos” (I). *Tribuna do Norte*, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

⁵¹¹ Paulo Bonavides também acompanha essa assertiva, ao afirmar: “Os que formulam propostas de reforma do Judiciário, com o intuito de fazer mais eficaz a prestação jurisdicional, acimada até agora de omissa, lenta, burocrática e tardia e, por isso mesmo, irmã gêmea da impunidade ou fatora indireta da corrupção dos governantes, nem sempre percebem que os meios de mudança estarão invariavelmente fadados ao malogro, se o tratamento das mazelas judiciais não se fizer acompanhar de uma transformação no comportamento do Executivo e do Legislativo, donde promanam vícios que contaminam o ser social e o ente público. A crise não é propriamente do Poder Judiciário, mas do Estado mesmo e, neste, do Poder Executivo, seu ramo hegemônico, onde ela grassa com extrema virulência e intensidade, irradiando-se, em seguida, aos demais Poderes.” Cfr. BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e a Democracia*. Em: **Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

há uma “infecção externa”, ou seja, uma força incidente e preponderante do econômico e do político sobre o direito.⁵¹²

Em termos do que conhecemos como “constituição analítica”, inescapável a crítica de que tal faceta nos deu uma espécie de “catálogo telefônico constitucional”, em que tudo está constitucionalizado, ao lado da convivência entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, numa patente “incompatibilidade de gêneros”, trazendo a obrigação de criação de óbices para o jurisdicionado, que ao lado da centralização política (que traz consigo centralização legislativa), obrigaria a correção dos problemas de nosso federalismo, para resolvermos o problema do recurso especial, mas preferimos criar óbices para a admissibilidade recursal.⁵¹³

As preferências de institucionalização e reforma legislativa, com vistas a “filtragem” e implemento de óbices aos julgamentos de ações e recursos podem ser ideias antigas, agravadas com o decorrer dos anos, pois há muito se fala de crise do Recurso Extraordinário, nascido sem nome, e portanto inominado, através do Decreto 848, de 1890, e assim mantido sob a Constituição de 1891 e sob a reforma de 1926, e o acúmulo recursal sempre foi o *leitmotiv* reformista: “é a sobrecarga decorrente dos recursos extraordinários a pedra de toque de quase todas as sugestões reformistas”.⁵¹⁴

Se a função ou finalidade do Recurso Extraordinário, a partir dos julgamentos do STF antes de 1988, segundo pensamento clássico, era a de “tutelar a autoridade e a unidade do direito federal”, e assim “sendo eminentemente política”, após 1988 esse papel passou a

⁵¹² Baseando as críticas em duas obras de autores específicos, Giovanni Sartori (Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições) e Adam Przeworski (Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina), alega-se que “Institucionalizamos uma democracia social, a mais ambiciosa do mundo, quando jamais fomos sequer uma incipiente democracia social. Constitucionalizamos valores e objetivos já agredidos de modo selvagem pela globalização plenamente triunfante em fins da década de oitenta e lhes emprestamos o caráter de cláusulas pétreas. Aprisionamos tudo na camisa de força da constitucionalização, transformando nosso Pacto Máximo em um caleidoscópio de pretensões ingênuas. Fizemos de nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público e outros apêndices, um mini direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. **Ensaios e Artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 484.

⁵¹³ Afirma ainda, que: “A sobrecarga na justiça local e nas federais especializadas resulta da elevada litigiosidade que se institucionalizou em nossa sociedade e é incentivada a cada dia. Nenhum empenho existe no tocante a criarmos instituições sociais capazes de gerar consenso e fazer a triagem dos conflitos sociais. Até mesmo a Administração Pública é algo menor, porquanto se pode prescindir dela e ir-se diretamente ao Judiciário. E o mais curioso é que se invoca para essa grave deformação uma de nossas famosas cláusulas pétreas: a de que nenhuma lesão de direito ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Deduziu-se (o Judiciário) desta cartola de mágico um entendimento que dá primazia a todos os juizes frente ao Executivo, em detrimento do que seja efetivamente uma democracia e da inocultável realidade da impotência do Poder Judiciário para operar a nível macro, tanto em termos políticos quanto em termos econômicos, somando-se a isto sua vocação natural de alheamento a tudo que ultrapassa os estreitos limites dos microconflitos de interesses com os quais lida diariamente. Sufocado sob a montanha de milhões de processos, como resolver o impasse? Fragilizando as garantias processuais das partes e proliferando antecipações de tutela como epidemia, fertilizando o solo para os corruptos, apressados ou pouco escrupulosos”. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. **Ensaios e Artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 488-489.

⁵¹⁴ VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. **Revista de Informação Legislativa**, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986. p. 237-238.

ser compartilhado com o STJ, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação dos Tribunais Regionais Federais.

Com essa operação de engenharia constitucional, trocamos um Tribunal (TFR –Tribunal Federal de Recursos) por seis (o STJ – Superior Tribunal de Justiça e 5 TRF’s – Tribunais Regionais Federais), com a realocação de algumas competências do STF. Antes de 1946, no entanto, o STF exercia a função de tribunal de 2ª instância para as causas de interesse da União. Entre 1946 e 1988, a segunda instância da União foi exercida pelo então existente Tribunal Federal de Recursos.

Nossa história tem sido a de tentar encontrar a maneira mais adequada de dar vazão adequada ao crescente número de processos, com efetividade e celeridade. E esta história jurídico-processual muitas vezes tem utilizado de meios já testados, como no singelo exemplo acima, de primeiro transferir do STF para o TFR certas competências de julgamento, e de num momento posterior transferir do STF para o STJ algumas outras competências.

Enfim, no “novo” CPC de 2015, inovação praticamente não há. E nem democracia robustamente considerada. São dois os objetos de análise do presente capítulo. Criticar a alardeada democracia do novo Código, e ressaltar a sua inconstitucionalidade formal por ter sido violado o postulado do bicameralismo, além dos marcos da pesquisa.

2.2. A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015.

2.2.1. A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015

A pretensão de não democracia, substituída pela mão guia de alguns poucos iluminados, é oriunda da nossa cidadania tutelada⁵¹⁵, com deletérias consequências, como muito bem diagnosticado por J.J. Calmon de Passos, ou ainda, no diagnóstico de Octaciano Nogueira e Alípio Severo de que nossa história brasileira é minada por uma mistura de democracia sem democratas⁵¹⁶, e de democracia dos autocratas⁵¹⁷, numa curiosa sucessão de regimes que muitas vezes começam a ser afrontados quando ainda estão em gestação.⁵¹⁸

⁵¹⁵ CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. **Revista de Processo** n. 72, out./1993; CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Jurisdicional das Liberdades. **Revista de Processo** n. 90, abr./1998.

⁵¹⁶ NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. **Democracia sem Democratas**. Brasília: Letraviva, 2004.

⁵¹⁷ NOGUEIRA, Octaciano. SEVERO, Alípio. **Democracia dos Autocratas**. Brasília: Edições Dédalo, 2003.

⁵¹⁸ A narrativa específica é sobre a Constituição de 1946, muito parecida em alguns sentidos com a Constituição de 1988. A primeira nasceu após o regime de exceção do Estado Novo varguista, e a segunda após o estado de exceção do golpe-civil militar de 1964. Cfr. NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. xxiv.

Não pode soar exagerada a afirmação de que o novo CPC de 2015, mesmo com qualquer boa intenção para com suas linhas mestras, é um dos menos democrático instrumentos legislativos que já tivemos. Houvesse nascido na ditadura do Estado novo varguista, ou no mandarinato do golpe civil-militar de 1964, estaria plenamente justificado.⁵¹⁹ E não é pelo fato de os legisladores de hoje serem ditadores, o que não são, mas sim pelo fato de que o modelo de representação não representa, de fato, a vontade geral popular. Quando isso ocorre numa ditadura é uma coisa, mas quando ocorre numa democracia, é mais preocupante quando tentamos ampliar a realidade.

É verdade que o casamento entre o preâmbulo e o parágrafo único do art. 1º da CF/88 alberga a democracia direta ou representativa, mas esta última de há muito encontra-se desgastada, possivelmente por causa do modelo pelo qual as instituições representativas foram desenhadas, de modo a afastar a população em detrimento de uma elite intelectual e econômica⁵²⁰, e aqui a palavra elite é utilizada não como referente aos melhores, senão para se referir àqueles que exercem posições de mando e poder.

Se somos instigados a reclamar de volta a Constituição para o povo, para que ela nos seja devolvida, tirando-a das mãos e dos braços da Suprema Corte, conforme observado por Larry Kramer em seminal obra sobre o Constitucionalismo Popular, em razão de elevados déficits de legitimidade representativa e democrática⁵²¹, devemos observar que ela (constituição) pode, e deve, ser devolvida ao povo em termos do aprimoramento dos mecanismos de representação popular, grandemente deficitários, ou aprimoremos a representação popular, que não traduz de fato a vontade do povo. A lógica é parecida.

Permanece atual a reflexão crítica, antiga e esquecida⁵²², feita com acidez fora do comum por Goffredo Silva Telles Jr em 1963, poucos dias antes da ocorrência do golpe civil-militar de 1964, e por isso mesmo revisitada em cuidadoso exame de consciência em

⁵¹⁹ Com isso não se pretende dizer que não existam boas leis oriundas de regimes exceção, ou más leis oriundas de regimes democráticos. Não há uma relação causal.

⁵²⁰ GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México D.F: Fontamara, 1997, p. 95-97.

⁵²¹ Observa Larry Kramer que “Como se pode ver, trata-se de um conflito muito antigo: um conflito que começou no momento em que os estadunidenses planejaram criar uma república e ela tem variado muito pouco desde então. Na epígrafe deste livro, James Madison questiona: “quem é o melhor guardião das liberdades do povo?” O falso interlocutor republicano de Madison responde que “o povo mesmo”, é o depositário mais seguro - ante o qual Madison tem uma réplica antirrepublicana: “O povo é estúpido, desconfiado, indisciplinado” e “não pode confiar com segurança em si mesmo”. E continua ele antirrepublicano: “por mais maravilhoso que pareça, quanto mais independente e hostil se faça o povo em relação ao governo, melhor segurança este oferece a seus direitos e interesses.” (Tradução livre). Cfr.: KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 300-302.

⁵²² TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 58, 1963, p. 130-178.

duas oportunidades (pronunciamento⁵²³, em 1968 e Carta aos brasileiros⁵²⁴, em 1977), na sua crítica despida de qualquer panegírico gratuito sobre os gravíssimos defeitos da “amassadeira do sufrágio universal” e da desidentidade entre representantes e representados, e da crítica contra aqueles que confundem liberalismo com democracia.

Uma sutil confissão sobre as funções das duas casas do Congresso brasileiro, da maneira como desenhado institucionalmente na atualidade, é a forma como a elas se referiu Michel Temer, vale dizer, como “centros auscultadores da opinião pública e filtros da fermentação social”.⁵²⁵ Vale dizer, a utilização da palavra “filtro” passa a impressão de que o povo não tem o discernimento razoável o suficiente para exercício da cidadania, e a palavra “auscultadores da opinião pública” deixa claro que não haverá uma fidelidade da representação do mandato quando pesar contra ele a opinião pública.

Fica muito claro que a Câmara dos Deputados, pelo modelo representativo, já é em si contramajoritária, sobre a qual o Senado exerce outro peso contramajoritário, e para culminar, o Supremo Tribunal ainda exerce outra filtragem contramajoritária.

Há também a contemporânea crítica de Luigi Ferrajoli, na obra “Poderes Servagens”, em que se denuncia a integração dos partidos políticos nas instituições e a perda de seu papel de mediação representativa da sociedade, como terceiro fator de crise “do alto” da democracia, que minam pela raiz a relação referente à representação popular, todas elas convergentes, embora aparentemente opostas, juntamente com a ideia de populismo relacionado ao “chefe como encarnação da vontade” do povo, aliado ao conflito de interesses no vértice do estado (patrimonialismo populista), e ainda, com duas patologias relativamente ao controle da informação.⁵²⁶

Tendo nascido em uma democracia, sem que o povo-jurisdicionado fosse efetivamente consultado “diretamente” sobre questões cruciais, *i. é.*, como as que motivaram as muitas reflexões sobre os 50 anos de vigência das “regras federais de procedimento civil” (*Federal Rules of Civil Procedure*)⁵²⁷ nos Estados Unidos, que entraram em vigor em 1939,

⁵²³ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Pronunciamento. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 63, 1968, p. 401-412.

⁵²⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 72, 1977, p. 411-425.

⁵²⁵ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

⁵²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29-44.

⁵²⁷ Após 50 anos de implementação das “regras federais de procedimento civil” (*Federal Rules of Civil Procedure*), muitas foram as indagações que se realizaram sobre ele, como as que são sintetizadas no artigo do juiz Jack Weinstein, apresentadas em 1989 em simpósio destinado a sua reflexão crítica: quais os tipos de casos que deveriam ser encorajados ou desencorajados a entrar nas cortes do sistema de justiça federal? Quais os tipos de disputa, então presentes no sistema de justiça federal, deveriam ser forçados a serem resolvidos nas cortes estaduais, ou mesmo forçados a serem resolvidos por meios alternativos de resolução de disputas? Deveria ser alterado o então vigente modelo de prática no qual os procuradores geralmente dirigem o litígio, para um modelo no qual os juízes tomariam o controle, tal como o sistema alemão? Deveria ser exigido das partes mais precisão e detalhamento? Deveriam os litigantes serem mais precisos sobre suas pretensões probatórias no início do litígio, por meio de julgamentos sumários ou outros meios? As penalidades e

e ainda hoje permanecem com alterações, preferimos acolher um anteprojeto (e depois dele, projetos de lei na Câmara e no Senado), oriundo de bem intencionados – e iluminados – processualistas, com discussões incipientes e anêmicas em termos de fortalecimento democrático.⁵²⁸

Qualquer elogio apologético do modelo representativo não pode esquecer de seus defeitos, ou negligenciar suas limitações, bastando observar que imitamos desde há muito tempo o modelo representativo assemelhado ao americano, mas não recordamos com muita frequência as críticas que os americanos fazem à sua própria democracia.⁵²⁹ Não costumamos recordar, também por óbvio, todos os déficits democráticos do modelo⁵³⁰, que J.J. Calmon de Passos costumava sintetizar na provocação de que nosso modelo de “democracia é uma grande embromação”.⁵³¹

controles exercidos pelas cortes custariam mais ou menos do que realmente valiam? Como deveriam os juízes empregar seu tempo em vista do fato de que em aproximadamente 90% os casos seriam usados essencialmente pelos litigantes? Em que medida se poderia realmente mensurar os custos econômicos do litígio e a boa-fé dos advogados em controlar os abusos na descoberta das provas? O que seriam abusos e qual seria a sua extensão? Quais seriam os efeitos qualitativos e outros efeitos de se expandir o sistema judicial de modo a conhecer os casos mais importantes? Quais seriam os impactos da sociedade sobre o que se faz ou se deixa de fazer nos tribunais? Como poderiam, ou não, ter mais direito e menos equidade, mais regras e menos discricionariedade? Deveriam as cortes federais controlar as regras das cortes locais, e se sim, de que maneira? Os doutrinadores estariam corretos em dizer que os juízes federais são muito administradores, ou que eles não seriam suficientemente assertivos? Deveriam ser vastamente federalizados as complexas litigâncias multipartes e multidistritos? Cfr.: WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1989, p. 1903.

⁵²⁸ Embora exista referência sobre ciclo de debates por todo o Brasil, estes foram, infelizmente meros pretextos para alarde de algum fluido democrático no CPC de 2015. A realidade é que, após os propalados “ciclos de debates” as mudanças no Anteprojeto, e em suas tramitações - primeiro no Senado, depois na Câmara, e depois novamente no Senado-, foram permeadas por uma incrivelmente fraca força democrática, do qual o show de aprovação do projeto no Senado, nos últimos dias de 2014 são uma demonstração cabal: inúmeras matérias com pedido de destaque, com pedido de retorno para a Comissão de Constituição e Justiça, que foi “resolvida” com um acordo de líderes para que fossem apreciados em plenário, entre inúmeras outras matérias que se misturavam.

⁵²⁹ Confira-se, por todos, a indagação de Robert Dahl sobre quão democrática seria a Constituição Americana, o denso artigo de Gilberto Bercovici, respectivamente: Cfr.: DAHL, Robert A. **How Democratic Is the American Constitution?** 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2003; BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia.* **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

⁵³⁰ Roberto Gargarella dissecou com precisão a história de formação da democracia americana, que nos serviu de modelo de cópia, alunos “bem aplicados que s(f)omos”. Refere-se, de uma maneira geral, à análise das bases e documentos históricos das discussões constituintes de 1787, e que possuem relação com as reclamações populares contra as instituições políticas vigentes. Cfr. GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política.** México D.F: Fontamara, 1997; GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006; GARGARELLA, Roberto. **La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Quito: Ed. Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

⁵³¹ Dizia J.J. Calmon de Passos, após ouvir uma elaborada e tecnicamente sofisticada descrição do que seria a democracia: “Eu tenho uma visão, eu digo sempre pilheriando, eu sou um homem ruim. Eu quero ser bom mais não consigo ser. A democracia para mim é uma coisa tão diferente. Eu não suporto estar julgando moralmente as coisas, os acontecimentos históricos produzem consequências. Como é que a democracia, que a gente luta tanto hoje por ela, surgiu? Surgiu por um motivo muito simples. É que o capitalismo era incompatível com a sociedade tradicional. O que era a sociedade tradicional? Era uma sociedade em que você transmitia o poder por hereditariedade. Quem é que tinha o poder até a modernidade? Quem era proprietário da terra. E quem é proprietário da terra, tanto pode ser alto como baixo, inteligente, como burro. Então na sociedade, como diz Zygmunt Bauman, ninguém perguntava, até a modernidade, o que você vai ser quando crescer. Você é filho de servo da gleba? vai ser servo da gleba. Você é filho de nobre? vai ser nobre. Você é filho de artesão? vai ser artesão. Mas o que foi que aconteceu com o capitalismo? O poder saiu da terra e foi para o comércio,

Lembremos, com Roberto Gargarella, que aquele de quem emana o poder (o povo) não costuma entrar na “sala de máquinas” (*engine room*) da Constituição, pois ao lado de um incremento da implementação de novos direitos observado nos recentes anos do constitucionalismo latino-americano, de um modo geral, a organização dos poderes basicamente permanece intocada, e em assim agindo, os reformadores mantêm fechadas as portas da sala de máquinas da Constituição, ou dos mecanismos de poder, e o acesso à sala de máquinas permanece fora da atenção dos reformadores das novas constituições.⁵³²

Este não democrático CPC de 2015 tramitou inicialmente no Senado, casa iniciadora, no ano de 2010, como PLS 166/2010. Após ser aprovado na casa iniciadora, foi remetido para a análise da casa revisora, a Câmara dos Deputados, em 2011, como PL

para a mercadoria, pro capital. O espírito empreendedor. A capacidade de inovar. A coragem de correr risco. Você pode transmitir isso por herança? Impossível! (...) Então o capitalismo estava diante desse dilema. “Como é que a gente faz para sustentar a hegemonia para a burguesia?” “A gente só tem uma saída: dizer que todos os homens são iguais, que os homens não têm senhores, e que os homens têm que criar as leis que disciplinam a sua convivência, e que todos nós estamos sujeitos apenas a essa pessoa: à lei.” “E quem vai ditar as leis? os homens. Mas como é muita gente, é muita confusão, então vamos fazer o seguinte; a democracia representativa. As pessoas votam, e seus representantes é que fazem as leis. Mas rapaz, isso é um perigo! Porque a maioria, nem tem propriedade, e nem tem dinheiro e vão querer tirar da gente. Vamos criar então a democracia censitária. Todos os homens são iguais. Mas só são eleitores e elegíveis os proprietários. Os que tiverem diploma, os que tiverem a renda X”. Foi a solução europeia. A democracia censitária. O parlamento tinha a cara da burguesia. E o poder judiciário tinha a cara da burguesia. Então o juiz era a voz da lei. E porque o juiz era a voz da lei? Porque a lei traduzia a vontade da burguesia. Muito simples. Nos Estados Unidos a coisa foi diferente. Como os Estados Unidos não tinha o passado feudal, eles disseram: “como é que a gente faz para enganar o povo?” Porque a democracia é uma grande chantagem. A soberania é popular(!) Mas o povaréu só tem licença, primeiro, para procissão, para carnaval, para futebol. Então como foi que os Estados Unidos fizeram? Uma solução altamente inteligente. Primeiro, dividiram os Estados Unidos em Distritos. Distritos bem grandes para que o eleitor não tivesse poder de pressão sobre o deputado. Segundo, a eleição indireta para presidente da república. Mas a eleição indireta ainda é perigosa. Então eles imaginaram o seguinte: os colégios eleitorais. Agora mesmo está acontecendo isso. Como é a eleição americana? A Califórnia é um colégio eleitoral, digamos assim, que tem sessenta membros. Se o partido republicano tiver 48% da votação, e os democratas tiverem 42%, os sessenta lugares são dos republicanos. Então, no país da estátua da liberdade a minoria é... Por esse modo, como eles dizem no federalista, a gente não pode corromper e controlar três milhões. Mas pode corromper, ou controlar, três mil. Mas ainda é perigoso. Então a gente tem que criar uma situação que não precise corromper três mil, só trezentos. Criaram o colégio eleitoral. E o colégio eleitoral elege o presidente da república. Mas como ainda há um perigo muito grande, eles criaram o controle de constitucionalidade. Então a democracia é uma farsa, nunca existiu. Agora vocês dizem assim: “Mas não há uma diferença entre Luís XIV?” Ai é que Deleuze tem uma frase que eu acho notável: Na sociedade tradicional, eles precisavam ter o direito de matar. Mas não tinham nenhuma necessidade de controlar o viver. Então o homem da idade média tinha uma liberdade fantástica para viver o que quisesse. Eles criaram seu direito costumeiro. Porque o nobre só queria ter o direito de matar. Porque ele poderia dizer assim a você: “Eu estou precisando que você contribua com dez galinhas pra mim.” Se você não contribuísse, ele cortava a sua cabeça e acabou. Mas ele não iria lhe dizer que você criasse galinha, porco, se traía mulher, se não traía a mulher... Ai diz Deleuze, já trabalhando em cima de Foucault: “Com o capitalismo, foi o inverso. O capitalismo não tem nenhum interesse em fazer morrer. O que ele não pode é deixar viver. Ele tem que controlar o existir das pessoas por um motivo muito simples. Existe um economista que diz, “minha gente, a lógica é muito simples”. Qual é a lógica do capitalismo? As famílias vão fornecer a mão de obra necessária para a indústria e o comércio. A indústria e o comércio, fornecem ao Estado os recursos necessários, para que o Estado forme as famílias de modo a que gere a mão de obra necessária para o sistema produtivo. Então a lógica do capitalismo é essa. Ele não pode deixar viver. Então veio a sociedade disciplinar. Foi a primeira. Depois, nós já estamos na sociedade do controle. (...)”. Cfr.: Disponível na parte 6, a partir do minuto “4:20” da palestra proferida por J.J. Calmon de Passos na Associação Juizes para a Democracia em 11.10.2008. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. Diálogo e Alteridade. Palestra proferida na Associação Juizes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDS>>, acesso em 10.04.2015. Esta narrativa encontra-se prevista, parcialmente, em artigo com caráter mais acadêmico e menos informal. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. **Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã**. Em: **Ensaios e Artigos**, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 315-323.

⁵³² GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014, p. 9-18; GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2013.

8.046/2010. A Câmara dos Deputados apresentou substitutivo, e o devolveu ao Senado em 2014, como SCD 166/2010, e ele foi aprovado com alterações, sem devolução à outra casa legislativa, em dezembro de 2014.

Um importante marco divisório precisa ficar registrado. Após ser aprovado no Senado em 2011, e ser enviado para à Câmara dos Deputados, durante a realização de ciclos de debates “sobre a reforma do CPC”, que contou com a presença de ministros do STF e de renomados processualistas, o ministro Gilmar Mendes então afirmou: “Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC”.⁵³³

No mesmo evento, Ada Pellegrini Grinover, concordando com a afirmação acima, completou: “O projeto do novo CPC aprovado no Senado precisa ser aprimorado na Câmara dos Deputados. Por isso, nós, um grupo de advogados, vamos propor um substitutivo”, ao que o ministro Luiz Fux, então presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto, ao ser informado sobre essa intenção, e fazendo uma veemente defesa do projeto, afirmou: “vamos lutar com todas as nossas forças para que um projeto substitutivo não chegue sequer à porta da Câmara (...) Tivemos um trabalho espartano e vamos lutar de forma espartana pela aprovação do projeto que está na Câmara”.⁵³⁴

Em outra oportunidade, alguns dias depois, em outro evento sobre a reforma processual, o ministro Luiz Fux, dizendo-se apunhalado pelas costas, defendeu o trabalho realizado no Senado como sendo representativo “[d]a vontade da nação brasileira”, afirmando terem recebido 13 mil e-mails e mais de 200 sugestões por meio de audiências públicas, além de sugestões que teriam sido enviadas pela comunidade científica, e que 86% das sugestões teriam sido acolhidas.⁵³⁵

Alguns dias depois, Teresa Arruda Alvim Wambier, jurista que integrou a comissão elaboradora do anteprojeto escreve um pungente artigo defendendo o CPC projetado das críticas que vinha recebendo, iniciando por defender o caráter democrático do projeto, e também defendendo a ausência de pesquisas capazes de direcionar a formulação da proposta do novo CPC a um novo modelo, bem como, contra a crítica de que o projeto não rompia paradigmas e nem era revolucionário, afirmou: “quem estaria legitimamente autorizado, pela sociedade brasileira, a promover essa “revolução”? Com que bases teóricas e com que fundamentos empíricos?” E encerra o ciclo de perguntas com esta outra: “Aliás,

⁵³³ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

⁵³⁴ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

⁵³⁵ Cfr.: “Parte do Problema: Operadores do Direito criticam nova redação do CPC”. *Conjur* de 23.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-23/operadores-direito-reclamam-efetividade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

essa revolução seria mesmo necessária?”⁵³⁶ É o paradoxo da defesa do “novo” CPC: para cria-lo não é necessário consultar bases empíricas, mas para criticá-lo sim. Não fez sentido na época, e continua a não fazer hoje.

Neste quadro de coisas, em dezembro de 2011, o então presidente do STF, Cezar Peluso, apresentou proposta de alteração do Projeto do CPC para o Deputado Federal Sérgio Barradas, com sugestões de emendas de redação e de conteúdo, num documento com 256 páginas⁵³⁷, muitas delas alterando de maneira radical o quanto originalmente proposto.⁵³⁸

Um dia depois de Cezar Peluso apresentar proposta de alteração do CPC projetado, Teresa Arruda Alvim Wambier faz publicar na imprensa um artigo⁵³⁹ defendendo o projeto das críticas feitas alguns dias antes por Antonio Cláudio Machado, que afirmara que o novo CPC “transforma juízes em deuses e advogados em escravos”.⁵⁴⁰

O CPC projetado na câmara recebeu muitas e duras críticas. Lenio Streck utilizou a palavra “leviatã neoprocessual” para se referir a um “projeto de juristocracia em marcha”.⁵⁴¹ Alguns dias depois Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Junior publicam um artigo defendendo que o Projeto do novo CPC teria, conforme alegam, DNA democrático”.⁵⁴² Aventou-se que o Novo CPC estaria preocupado em acabar, ou pelo menos

⁵³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum**. Conjur de 27.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

⁵³⁷ Foram propostas alterações estruturais pelo Ministro Cezar Peluso, referentes aos seguintes artigos/parágrafos (§§), incisos e alíneas, ao Projeto de Lei do CPC: 3º, 15, 20, 21, 22, 23, 41, 46, 55, 63, 66, 77, 86, 87, 88, 114, 164, 184, 207, 228, 249, 271, 273, 274, 275, 277, 279, 288, 293, 295, 296, 306, 307, 311, 314, 323, 324, 331, 333, 337, 338, 358, 419, 436, 437, 488, 490, 493, 496, 497, 498, 500, 506, 507, 509, 511, 522, 536, 538, 585, 586, 587, 588, 591, 592, 594, 595, 748, 749, 750, 751, 754, 756, 784, 785, 792, 831, 832, 835, 839, 840, 841, 844, 856, 857, 860, 893, 898, 903, 913, 914, 915, 916, 969, 976, 977. BRASIL. **Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso**. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.

⁵³⁸ Cfr. “Projeto no Forno: Peluso entrega propostas de alteração em novo CPC”. Conjur de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-12/cezar-peluso-entrega-propostas-alteracao-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

⁵³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’**. Conjur de 13.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁴⁰ Afirmou-se que: “O novo Código de Processo Civil transforma juízes em deuses e advogados em escravos”. Cfr. “Deuses e Escravos: Poder de juízes em novo CPC gera reclamação”. Conjur de 10.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-10/poder-juizes-cpc-gera-reclamacoes-advogados>, acesso em: 11.04.15.

⁵⁴¹ STRECK, Lenio. **Poder aos Juízes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil**. Conjur de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático**. Conjur de 02.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

flexibilizar a chamadas “jurisprudência Defensiva”, que seria fator de democratização do acesso ao STF, conforme observação de José Manoel de Arruda Alvim Netto.⁵⁴³

Quando o projeto do CPC saiu do Senado Federal e foi para a Câmara dos Deputados, recebeu inúmeras alterações, a ponto de Fredie Didier Jr., um dos membros da comissão na Câmara dos Deputados, ter dito, em uma palestra em 2014 no Tribunal Superior do Trabalho, que o CPC da Câmara era completamente diferente do CPC do Senado, e que havia informações de que ao retornar da câmara para o senado não ocorreria praticamente nenhuma alteração, com manutenção de quase 100% do que a Câmara havia feito.⁵⁴⁴

No entanto, assim como Calmon de Passos foi enredado, e teve que deixar o tribunal do Júri, parece que seu discípulo mais famoso⁵⁴⁵ também foi enredado⁵⁴⁶ com essa

⁵⁴³ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Democratização da justiça: STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva**. Conjur de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁴⁴ Eis as palavras de Fredie Didier Jr: “É apenas um exemplo para mostrar para vocês como é complexa a tramitação de um projeto que atinge um número absurdo de relações jurídicas, como o novo CPC. Pois bem. Do Senado, foi para a Câmara. Começou a tramitar na Câmara em 31 de agosto de 2011. Ficou na câmara de 31 de agosto de 2011 até o dia 26 de março deste ano [2014]. Foram dois anos e meio de tramitação. A Câmara pegou o projeto do senado e reformatou o projeto do Senado. É muito diferente. A versão da Câmara é muito diferente da versão do Senado. Muito Diferente! E eu estou fazendo essa observação por uma razão muito simples. Eu percebo que muitos dos senhores, muitos! Estão ainda com a memória auditiva sobre o CPC relativo ao anteprojeto do CPC. E muitos de vocês ouviram falar do anteprojeto e ficaram com o conhecimento do anteprojeto. Mas não tem nada a ver! Nada a ver! Cuidado com que falam e com o que vocês ouvem. Porque é muito diferente. É outra coisa. Essa versão da Câmara, amadurecida em dois anos e meio de discussões, ela chegou ao Senado agora, e começou a tramitar em junho desse ano [2014]. E vai terminar depois das eleições. Então o Código será publicado, senão na última semana de novembro, certamente antes do natal. (...) A versão da Câmara, como a gente está percebendo da Comissão do Senado, a 98% do que vai ficar. O Senado deve fazer alguns ajustes. E os ajustes que o Senado pode fazer, agora, são: ou não aceitar o que a Câmara fez em alguns pontos, quer dizer, recusa a mudança feita pela Câmara, ou resgata texto do Senado. Só tem essas duas possibilidades. Ou os acréscimos que a Câmara fez, o Senado pode eventualmente não aceitar um ou outro, ou mudanças que a Câmara tenha feito, o Senado pode recusar e optar pelo texto dele, anterior. Pelo que a gente já viu, pelo que a gente está discutindo lá, com a comissão do Senado, fica 98% do projeto da Câmara.”. Cfr. DIDIER JR., Fredie. **Palestra de Abertura. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC**, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng30O_oIJ5w>, acesso em 12.04.2015.

⁵⁴⁵ Referimo-nos a Fredie Didier Jr., grande e importante pensador do direito, e com quem Calmon de Passos manteve forte vinculação intelectual e afetiva. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. **Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005, p. 13-14; DIDIER JR., Fredie. Editorial 51, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015; DIDIER JR., Fredie. O Mundo torna a começar. Discurso de paranínia. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf>, acesso em: 15.04.2015.

⁵⁴⁶ A narrativa de um homem enredado: "A última atividade que eu tive como promotor criminal foi um célebre júri, aqui em Salvador, que ficou famoso, e foi esse júri, que, digamos assim, foi a gota que me fez transbordar o cálice. Um caso curioso, que talvez valha a pena referir. Um homem muito rico, de Itabuna, tinha um genro que tentou matá-lo. Mas ele sobreviveu, e a tipificação foi de tentativa de homicídio. E esse julgamento foi desaforado para Salvador porque acharam que em Itabuna não era possível isenção para esse julgamento. E eu fui o promotor indicado. E veio como auxiliar da acusação um dos criminalistas mais famosos na época, que eu não vou mencionar o nome. Mas esse criminalista tinha sido contratado pela família da vítima para impedir que o autor do crime fosse condenado, porque a família fazia absoluta questão de julgar pelas próprias mãos. Então esse auxiliar da acusação me enredou de tal modo que em pleno júri, depois de eu ter feito a sustentação do libelo à mais veemente possível, depois de ter havido a réplica, quando foi para a tréplica, o auxiliar de acusação me disse 'Calmon, vai você primeiro, que você impressiona bem, me deixe por último.' E quando ele foi fazer a tréplica, ele pediu a absolvição do acusado. Chorou, ficou comovido, disse que realmente não havia provas. E esse acusado foi absolvido. E saiu abraçado com o advogado auxiliar de acusação. Isso foi uma grande lição para mim, principalmente porque um ano depois, num acidente de avião que nunca se explicou direito, Quintela morreu. Então a

história de manutenção de 98% do projeto, pois o Senado desfigurou o CPC da Câmara – retirando capítulos, alterando artigos, e fazendo uma verdadeira revolução, cumprindo a promessa feita por Luiz Fux de que prevaleceria a vontade do Senado.

O CPC projetado do Senado virou o “Quintela” da narrativa de Calmon de Passos. O Senado “justiçou” com as próprias mãos o CPC projetado na Câmara, e a comissão do Senado saiu pelas portas da frente, rindo e abraçado com seu projeto. Observe-se, de maneira breve, que a partir do art. 156 começam as mudanças de mérito e de sentido mais notáveis. No projeto da Câmara havia a previsão do assessoramento judicial que estava na Seção II. Já no projeto do Senado a Seção II, correspondente, refere-se ao “Perito”, pois houve supressão da II seção da Câmara.

A seu turno, o art. 284, juntamente com seus parágrafos, constante do Projeto da Câmara, sobre a anulação do ato negocial praticado das partes ou participantes do processo, foi suprimido. Também o art. 294 do projeto da Câmara sofreu substancial supressão, referente à impugnação ao valor da causa. Também foi modificado o “*nomem iuris*” do título do livro V, que no projeto da Câmara recebe o nome de “Da Tutela Antecipada”, e acabou sendo nominado no Senado de “Da Tutela Provisória”, substancial alteração do primeiro artigo que lhe segue.

Também excluiu a previsão então contida no Projeto do CPC da Câmara, contida em seu art. 333, IV, que previa hipótese de improcedência liminar do pedido em caso de pedido que contrariasse “frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo”.⁵⁴⁷

Neste caso houve uma explícita opção ideológica que mata, ou começa a matar, o espírito do Código projetado que estava na Câmara, pois além de realizar uma escolha de valoração (para o CPC da Câmara, o Precedente judicial valia, de maneira equiparada, o mesmo que a lei, bastando verificar a previsão de capítulo destinado ao tratamento dos precedentes), observa-se que, em termos de rejeição liminar do pedido, o CPC do Senado preferiu não misturar as coisas, excluindo a equiparação da rejeição liminar do

família cumpriu bem os seus objetivos. Justicar pelas próprias mãos, inclusive utilizando-se de um auxiliar da acusação que não era auxiliar da acusação. Era instrumento da defesa, infiltrada no território da acusação. Isso me causou uma decepção de tal ordem, que eu desisti do crime. E ai fui ser professor universitário, uma experiência maravilhosa." CALMON DE PASSOS, J.J. **Depoimentos Magistrais**. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrals/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.

⁵⁴⁷ Observe-se que o art. 333, referente ao Capítulo IV do CPC aprovado na forma da Lei Federal. 13.105/2015 foi vetado pela Presidência da República, no tema que era uma efetiva novidade do CPC sobre “Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva”. Mais uma demonstração de que há sério déficit democrático no processamento legislativo do CPC, pois embora existente expressa previsão constitucional do Veto presidencial, esse ranço não democrático faz com que uma pessoa, a Presidente da República, tenha mais força legislativa que um Congresso inteiro e que o Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que o Congresso poderia derrubar o veto, mas em um conturbado ano pós-eleitoral, dificilmente isso ocorreria, e dependeria, ainda, do perfil ideológico do Congresso que poderia achar bom o veto, com a felicidade de transferir o custo político de seu enfrentamento para outras instâncias.

pedido por violação expressa de ato normativo, com a exclusão da referência ao capítulo dos precedentes.

O CPC projetado no Senado também optou por incluir, em acréscimo ao que o CPC da Câmara optou por não fazer, entre as matérias que o réu deve alegar, antes de discutir o mérito, na contestação, e, portanto, no efetivo exercício do contraditório, a convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC projetado no Senado), que no CPC projetado da Câmara constava do Capítulo VIII, por meio de um procedimento todo solene, mais amplo e diferenciado (art. 345 a 350, do CPC projetado na Câmara).

Ainda, o CPC Projetado na Câmara também teve suprimido de si a possibilidade de análise da inclusão de dois verbos (induzir e mandar) por parte do CPC Projetado no Senado, no art. 380, parágrafo único, e, portanto, com acréscimo de sentido nos poderes do juiz que, em caso de descumprimento de ordem às partes, “ou a terceiro em relação a qualquer causa”, pode determinar também outras medidas “indutivas” e “mandamentais”, além das outras previsões que já constavam do CPC projetado na Câmara.

Outrossim, houve a extinção do espírito do CPC projetado na Câmara dos Deputados, qual seja, excluiu-se todo o capítulo XV, dos Precedentes Judiciais, artigos 520 à 522, e o CPC projetado no Senado preferiu alterar, basicamente, todo o trabalho realizado na Câmara sobre o tema dos precedentes. Sem mencionar mais amiúde inúmeras outras alterações.

Não fosse um número extremamente alto de alterações, conforme constatado, isso por si só já é causa de inconstitucionalidade formal do Código, pois viola o art. 65, parágrafo único da CF/88, ao sofrer alteração e não retornar para a outra casa legislativa.

Foi notório o impasse legislativo entre Câmara e Senado. Não se pode olvidar, sobre o tema, que o Deputado Miro Teixeira apresentou uma tentativa de resolução do impasse legislativo (entre reforma e novo código), com a proposição do PL 2.963/2011, cuja elaboração e a exposição de motivos aparecem vinculadas à “um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato”, defendido em artigo por Antônio Cláudio da Costa Machado⁵⁴⁸, que buscava aproveitar os avanços das propostas incorporadas ao CPC projetado⁵⁴⁹, através de uma reforma ampla ao CPC de 1973, mas o referido Projeto acabou prejudicado em face do substitutivo global apresentado na Câmara dos Deputados.

⁵⁴⁸ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC. *Conjur* de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandona-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁴⁹ Destaque-se da justificativa do PL 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira, o seguinte: “Esse projeto altera dispositivos do Código de 1973, diferentemente da iniciativa do Senado, que optou por um novo Código de Processo Civil. Com os debates na Comissão Especial instalada para examinar o Projeto de Lei 8.046/2010 instalou-se, desde hoje, a dúvida sobre o instrumento para atualização da legislação. Seria necessário um novo código ou quem sabe emendar o código atual? Para deixar a opção às senhoras e aos senhores deputados, um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato, atendeu minha solicitação de organizar o projeto de lei que ora apresento, com a correspondente justificativa

Houve ainda, ao lado do impasse legislativo, durante a sua tramitação – e mesmo após ela – a tentativa de sedimentação de um discurso que procurou ressaltar que o CPC de 2015 era um monumento à democracia.

Neste aspecto, não se pode olvidar, por conseguinte, o fato de que através do site do Ministério da Justiça, no projeto participação, o CPC projetado recebeu – segundo dados do “Relatório Final do Debate Público” sobre o Código de Processo Civil, aproximadamente 2.500 comentários e sugestões “sobre os diversos pontos do Projeto de Lei Aprovado no Senado Federal”.⁵⁵⁰ Antes disso, alardeou-se que o “Alô Senado” teria recebido mais de 650 sugestões para o novo CPC por parte dos cidadãos.⁵⁵¹

Tais números são irrisórios, e ao pretenderem atribuir legitimação democrática a uma lei, teriam que ficar ruborizados os que fizessem essa alegação, por uma série de motivos:

1) As estatísticas mostram que dos mais de 2500 comentários, de internet, estes se restringem a pouco mais de mil comentadores (1.145)⁵⁵², o que corresponderia, aproximadamente, ao inexpressivo percentual de 0,0005%, relativamente ao número da população brasileira em 2014 (cerca de 202 milhões de habitantes).⁵⁵³

2) Numa analogia com a previsão constitucional sobre projetos de lei de iniciativa popular, e que considera – bem ou mal – um mínimo para que seja considerada significativa participação popular, conforme previsto no artigo. 61, § 2º, da CF/88, é necessário que o projeto de lei mencionado possua subscrição de no mínimo 1% do eleitorado

dos mesmos autores que segue aspeada. ‘Dentre as maiores divergências apontadas no Projeto de Lei nº 8.046/2010, pelos especialistas de todo o país – e que já repercutiu dentro desta Comissão Especial – se destacam as seguintes que traduzimos em quatro perguntas: 1ª é conveniente a eliminação de um livro inteiramente dedicado ao ‘Processo Cautelar’, como o que temos no CPC vigente, e o desaparecimento de todos os procedimentos cautelares específicos? 2ª é conveniente a eliminação de uma dezena de procedimentos especiais que adaptam o processo às peculiaridades do direito material? 3ª é necessária a criação de um livro dedicado à ‘Parte Geral’ do CPC, não apenas, mas principalmente, para dele fazer constar a referência expressa a princípios que já se encontram consagrados na Constituição Federal? 4ª é conveniente para o processo civil brasileiro a limitação do agravo de instrumento a pouco mais de dez hipóteses, a eliminação do agravo retido (e, com ele, a preclusão), e o desaparecimento do efeito suspensivo da apelação? (...)’. Cfr. BRASIL. Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁵⁰ BRASIL. **Ministério da Justiça**. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

⁵⁵¹ Alô Senado é a central de relacionamento da casa legislativa com a população. Sobre a informação acerca das sugestões populares, Cfr.: “Alô Senado recebe mais de 650 sugestões para o CPC”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-out-07/alo-senado-recebe-650-sugestoes-cidadaos-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁵² Aliás, as estatísticas sobre o debate acerca do CPC projetado, no portal do Ministério da Justiça, foram os seguintes: a) duração: de 12 de abril de 2011 até 16 de maio de 2011 (pouco mais de 1 mês); b) comentadores: 1.145; c) comentários: 2.565; d) visualizações: 43.361; e) visitas: 19.683; f) visitantes: 13.225. Cfr.: BRASIL. **Ministério da Justiça**. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011, p. 12.

⁵⁵³ Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2014 o número da população brasileiros foi estimada em 202.768.562 milhões de habitantes. Cfr.: BRASIL. **IBGE**. População. Nota técnica. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, ou seja, em 2014 registrou-se que o eleitorado brasileiro é superior a 142 milhões⁵⁵⁴, vale dizer, um por cento corresponde atualmente a mais de um milhão e quatrocentos mil eleitores, e, neste sentido, o número da “participação popular” referente ao novo CPC não corresponde nem mesmo a um por cento deste um por cento.⁵⁵⁵

3) Não houve uma efetiva campanha na mídia não especializada para esclarecer os cidadãos, e nem mesmo foi utilizado de programa eleitoral equivocadamente nominado de gratuito, com vistas a mobilizar e discutir as ideias políticas do novo CPC, o que lhe retira praticamente qualquer pretensão de atribuição de discussão ampla e democrática.

4) Tendo sido o projeto elaborado e discutido praticamente no seio de um grupo de iniciados (alguns poucos profissionais do direito, e.g., advogados, professores, promotores, juízes e defensores), com um duelo intestino pela prevalência de ideias e de poder, no seio de uma deficitária democracia representativa, pretender legitimar democraticamente esse fato com alegações de que esse CPC de 2015 seria um Código da Democracia, é o que Calmon de Passos chamaria de “perversa manipulação ideológica”.

5) Teríamos que reconhecer que o modelo “democrático” do novo CPC se assemelha muito com a ideia e com a crítica sobre engaiolar a cidadania em conselhos populares⁵⁵⁶, uma vez que se alega que em tais e poucas palestras, das quais participaram representantes não eleitos da sociedade, fizeram “legitimar” supostamente um Projeto de CPC que, ao fim e ao cabo, não teve respeitada a versão que foi modificada na casa do povo, que é a Câmara dos Deputados, embora tenhamos que recordar todas as mazelas do nosso modelo representativo, denunciado por Roberto Gargarella⁵⁵⁷ e sobre o qual as narrativas

⁵⁵⁴ Segundo dados do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em 2014 o número de eleitores brasileiros foi estimado em 142.822.046 milhões de eleitores. Cfr.: BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**: Estatísticas eleitorais 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.

⁵⁵⁵ Aliás, o número de comentadores mais elevado do CPC projetado (1.145) não corresponde nem mesmo a um por cento (1400) daqueles um por cento (14 mil) referente a um por cento sobre o número mínimo para participação popular (1 milhão e 400 mil), que já corresponderia a um por cento do eleitorado.

⁵⁵⁶ A observação atila é de Carlos Ayres Britto: “Temo pelo pássaro da cidadania a trocar o voo pelo saltitar na gaiola dos conselhos populares ou coisa que o valha”. Cfr. BRITTO, Carlos Ayres. **O Decreto 8.243 e a sociedade civil**. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.

⁵⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México D.F: Fontamara, 1997. Ver ainda: GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

clássicas do liberalismo⁵⁵⁸ e do marxismo⁵⁵⁹, antípodas por excelência, concordam sobre nossas deficiências de representação.

Não obstante, o Anteprojeto de Lei foi criticado por ausência de “espírito de código”⁵⁶⁰, e que “o caos do nosso sistema jurídico gera grande preocupação”, mas “lamentavelmente, o anteprojeto de CPC não trata adequadamente do nosso assunto, já que não tem qualquer base na teoria do direito constitucional, além de confessar, de modo curiosamente contraditório, sequer possuir ter um projeto de futuro, mas apenas a pretensão de reorganizar o tecido normativo processual”.⁵⁶¹

E ainda, a conversão do anteprojeto em Projeto de Lei foi criticado pela inconsistência decisória que permitia.⁵⁶² No entanto, com algumas emendas e ajustes passaram a ser “aceitáveis”⁵⁶³, embora com ressalvas⁵⁶⁴. Antes de ser aprovado, temeridade inimaginável, houve quem requeresse, como Fredie Didier Jr., sua eficaz e imediata

⁵⁵⁸ Um importante autor da corrente do liberalismo, Antonio Paim, observa que entre os momentos decisivos da história do Brasil está a perplexidade: “de como o Brasil mantém a unidade nacional e deixa inconclusa a consolidação do sistema representativo”, e de que a elite imperial legou-nos, além da introdução da ingerência militar na política, “uma outra questão não resolvida até o presente e que responde em grande parte pelas dificuldades com que nos temos defrontado tanto no que respeita à estruturação do sistema representativo como no referente ao desenvolvimento capitalista. Trata-se de que, na Época Moderna, a moral social deixa de ser fixada unilateralmente por qualquer das Igrejas, incumbindo à própria sociedade estabelecê-la. É o que se denomina de moral social de tipo consensual, que nunca tivemos entre nós”. Cfr. PAIM, Antonio. **Momentos decisivos da história do Brasil**. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014, p. 198-199; p. 195-238.

⁵⁵⁹ O importante autor marxiano Nelson Werneck Sodré, conhecido também como “o general marxista” que foi professor da Escola Superior de Guerra, também observa um problema de representação política em nossa sociedade, denunciando e resgatando a artificialidade da construção do ideal de “homem bom”, que era quem nos deveria governar e ser o juiz dos demais na colônia, apontando que nossas raízes legislativas remontam à xenofobia, ao racismo e ao preconceito para com o trabalhador: “ao lado de uns poucos cargos providos pelo rei, e de outros, em maior número, que cabia ao donatário prover, havia aqueles em que o provimento cabia aos sesmeiros, isto é, aos senhores de terras. Surgiram, nesse quadro, as câmaras locais, compostas de vereadores e presidida pelos juizes ordinários, estes e aqueles escolhidos pelos 'homens bons', confirmada a dos segundos pelo rei (...) Homens bons eram os indivíduos mais respeitáveis da vila, isto é, aqueles que já tinham exercido a governança... só deixavam de ser homens bons os operários, os degredados, os judeus e os estrangeiros”. Cfr. SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010, p. 41-42.

⁵⁶⁰ Vide nota nº 477, supra.

⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais**. *Conjur* de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁶² Antes da “Emenda Streck”.

⁵⁶³ Lenio Streck, ao dizer que “agora já podemos apostar no Novo CPC”.

⁵⁶⁴ Lenio Streck, sobre as ressalvas da Ponderação (Veta Presidenta) e sobre outras críticas a Ponderação e as Associações de Juizes.

aplicação, mesmo no período de *vacatio legis*⁵⁶⁵, corroborado após a aprovação por Antonio do Passo Cabral, que sustenta tipologia de Pré-eficácia.⁵⁶⁶

É de se observar, ainda, o Manifesto da OAB, de novembro de 2010, contra o anteprojeto do CPC, embora refutado posteriormente⁵⁶⁷, por ser gestado e encaminhado “sem a devida maturação democrática”, manifesto no qual, aliás, se afirma que “antes de se pensar em um novo diploma processual, devemos nos ocupar, no mínimo, com sete problemas que emperram nosso Judiciário e que nada têm a ver com os defeitos do CPC”.⁵⁶⁸

Observa-se que o CPC de 2015 não é um código democrático, e como refletido abaixo, além de não democrático, ou ao menos dele se deveria dizer que é oriundo de um modelo complexo e que não traduz a efetiva vontade da população, ou pelo menos não traduz toda essa aura democrática que se lhe pretendem atribuir, mas ele também é formalmente inconstitucional.

2.2.2. A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015

Muito já foi dito antecipadamente sobre o fato de o projeto ter sido alterado em uma casa legislativa e não ter retornado para a outra, razão pela qual o presente tópico será relativamente mais reduzido.

A Câmara dos Deputados faz questão de frisar, em seu regimento interno que é a mesma desde 1826, em termos históricos⁵⁶⁹, não importando que tenhamos tido inúmeras

⁵⁶⁵ Fredie Didier Jr. pediu, antes mesmo de aprovado o novo CPC, que fosse eficazmente aplicado o novo CPC por nascer a casos concretos, mesmo durante o futuro período da *Vacatio*. Cfr.: DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo** nº 236, 2014.

⁵⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Pré-Eficácia das Normas e a Aplicação do Código de Processo Civil de 2015 Ainda no Período de *Vacatio Legis*. **RePRO**, n. 246, 2015.

⁵⁶⁷ Afirmou-se que o senador Valter Pereira (PMDB-MS), então relator da Comissão de Reforma do CPC, recebeu com estranheza o manifesto da OAB contra o projeto pois segundo observação, teriam sido realizadas, até então, pelo menos dez audiências públicas pelo Brasil, e que o Conselho Federal da OAB possuía um representante na que participara da elaboração do anteprojeto, o então conselheiro federal, e posteriormente presidente da OAB nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho. Cfr. “Processo Transparente: Comissão de Reforma do CPC rebate manifesto”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-05/relator-comissao-reforma-cpc-rebate-manifesto-oab-sp>, acesso em: 11.04.2015.

⁵⁶⁸ Além do apontado déficit democrático, os sete pontos prévia para o pensamento da reforma apontados pela OAB seriam: 1) Ausência da vontade política para criar um judiciário eficiente; 2) Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; 3) Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do PJ; 4) Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; 5) Número relativamente baixo de juízes; 6) Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias; e, 7) Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária. Cfr.: “Direitos Conquistados: OAB-SP faz manifesto contra projeto do novo CPC”. Conjur de 3.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-faz-manifesto-projeto-codigo-processo-processo-civil>, acesso em 11.04.2015.

⁵⁶⁹ Eis a interessante redação do art. 279 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 279. A Mesa, na designação da legislatura pelo respectivo número de ordem, tomará por base a que se iniciou em 1826, de modo a ser mantida a continuidade histórica da instituição parlamentar do Brasil”. Cfr.: BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível em:

Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988). As práticas, usos e costumes vão se arraigando a tal ponto que muitas vezes se atrevem a sobrepor o comando do texto constitucional.

Como parece intuitivo, esta segunda parte do capítulo, nestas linhas críticas ao novo CPC de 2015, se dedica a enfrentar o problema da notória inconstitucionalidade formal da Lei 13.105/2015.

E isto porque houve violação ao postulado do bicameralismo, vale dizer, o projeto iniciado no Senado Federal foi profundamente alterado na Câmara dos Deputados, e, sendo devolvido ao Senado, este o alterou novamente, mas não o encaminhou de volta para a Câmara, como determina o art. 65 da CF/88.

Segundo o artigo 65 da CF/88, o “projeto de lei aprovado por uma casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”, e acrescenta em seu parágrafo único: “Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

A lógica é a de que as duas casas estejam em sintonia. Uma emenda ao projeto representa, em perspectiva, um novo projeto, e por isso deve ser devolvido para a outra casa legislativa, sempre que ocorrer alteração.

Uma das casas, a Câmara dos Deputados, representa o povo (eo menos em tese), por meio de representantes eleitos pelo sistema proporcional (art. 45 da CF/88). A outra representa os Estados e o Distrito Federal, por meio de representantes eleitos segundo o princípio majoritário (art. 46 da CF/88).

Não fosse à nossa maneira de contemporizar as coisas, ou a nossa “matreirice”, diria J.J Calmom de Passos, este Código de Processo Civil de 2015 haveria de ser declarado formalmente inconstitucional, por desrespeito ao espírito da Constituição e ao seu processo legislativo.

No entanto, como todos sabemos, o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento curioso, notório e fragorosamente inconstitucional sobre o tema. Fazemos de nosso bicameralismo um “verdadeiro” “*mise en scène*”, pois adotamos um bicameralismo do tipo igualitário entre representantes do povo (Deputados) e representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senadores), quando essa pretensão igualitária não condiz com a realidade.

Mais do que isso, as regras do procedimento legislativo presentes nos regimentos internos das Câmaras Alta (Senado Federal) e Baixa (Câmara dos Deputados), no que se refere a alteração de projetos de lei na casa revisora, são claros em prever a

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.

possibilidade, apenas, da alteração que retifique eventual incorreção de linguagem, e “desde que não altere o sentido da proposição”.⁵⁷⁰

A observação percuciente de André Ramos Tavares e de Bruno Dantas, questionando se o bicameralismo brasileiro só vale no papel, pois em tese, numa proposição legislativa que tramite nas duas casas, como regra, se houver “alteração, deve retornar à outra para novo exame, tantas vezes quantas necessárias”.⁵⁷¹

Observa-se que duas questões expõe a complexidade de nosso processo legislativo, vale dizer, no caso de aprovação de emendas “estritamente de redação” por uma das casas implicaria a devolução para a outra casa legislativa para análise, pois qualquer mudança (mesmo que meramente redacional) significa alterar o texto original, mas por uma “antiga interpretação da mesa do senado e da Comissão de Constituição, Justiça e Redação” da Câmara dos Deputados, apenas as alterações que impliquem “emendas de mérito” teriam o condão de reabrir o processo legislativo, e essa modelagem foi cancelada pelo STF em inúmeras oportunidades.⁵⁷²

A controvérsia semântica é uma ficção jurídica das mais notáveis, pois considera-se que uma alteração (de redação) não é uma alteração (de mérito), embora o texto constitucional não faça essa distinção quase subliminar e de “Metempsicose jurídica”, pelo qual um artigo sai de seu corpo e ingressa em outra realidade. Claro caso de “ativismo legislativo”, resguardados todos os problemas existentes com o termo “ativismo judicial”.

Entre tantos exemplos possíveis, observemos o caso julgado pelo STF na ADI 2182, na qual se discutia a inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Federal 8429/1992, e cujo pano de fundo é exatamente o mesmo: afronta ao postulado do bicameralismo, em razão do projeto de lei ser alterado em uma casa sem que retornasse para a apreciação da outra.

Há, durante a discussão do pedido de Medida Cautelar na ADI 2182, uma interessantíssima observação do então Ministro Nelson Jobim, fazendo um aparte no voto do Ministro Marco Aurélio, que defendia a inconstitucionalidade formal da lei, por ter havido

⁵⁷⁰ Aliás, o próprio regimento comum do Congresso Nacional traz essa previsão de “acomodação” legislativa em seus artigos 135 e 136: “Art. 135. A retificação de incorreções de linguagem, feita pela Câmara revisora, desde que não altere o sentido da proposição, não constitui emenda que exija sua volta à Câmara iniciadora. Art. 136. Emendado o projeto pela Câmara revisora, esta o devolverá à Câmara iniciadora, acompanhado das emendas, com cópia ou publicação dos documentos, votos e discursos que instruíram a sua tramitação.” Cfr. BRASIL. **Regimento Comum do Congresso Nacional**. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.

⁵⁷¹ DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. **Bicameralismo só vale no papel?** Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.

⁵⁷² DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. **Bicameralismo só vale no papel?** Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.

alteração em uma casa sem que tivesse posteriormente retornado para a outra. Segue a transcrição do diálogo para que busquemos uma breve reflexão.

Disse: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que não me parece possível, Senhor Presidente, é conferir-se ao artigo 65 da Constituição Federal interpretação que conduza à aprovação de um projeto apenas por uma das Casas. O alcance, pelo menos sob minha ótica, do artigo 65 é esse, a mens legis do artigo 65 é o duplo crivo considerada a integralidade do projeto, porque, caso contrário, no cenário jurídico, que restou aprovada só por uma das Casas e não por ambas as Casas. Pode ser até que, potencializando-se o pragmatismo, seja isso o que ocorra quanto à quase totalidade dos projetos”.⁵⁷³

Aparteou-o o Ministro Nelson Jobim: “O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Para que isso se modifique, precisamos ir para o Senado, sermos eleitos, e alterarmos o processo legislativo e não através de uma interpretação que vem sendo produzida há mais de cem anos. V.Exa. está pretendendo exatamente mudar uma regra de cem anos de vigência, através de uma interpretação num fim de tarde, num fim de sessão.”⁵⁷⁴

Supõe-se que o Supremo Tribunal seja o guardião da Constituição, e mesmo que a tarde seja chuvosa, amena e silenciosa, deve caber ao Tribunal maior, se for o caso, alterar práticas inconstitucionais de outra instituição, ainda que seculares e arraigadas em palavras pomposas como tradição e costume. Costumes e tradições inconstitucionais, são normas inconstitucionais, e chega a ser um truísmo com o qual a Suprema Corte não deveria transigir ou tergiversar.

Assim sendo, percebe-se a inconstitucionalidade formal que viola o bicameralismo, tornando-o, o mais das vezes, em unicameralismo de ocasião, em que na maioria das vezes prevalecerá a vontade de uma apenas das duas Casas.

3. Fecho: Estranhos frutos.

O presente capítulo foi apenas uma tentativa de debate crítico sobre o novo CPC de 2015, e neste sentido, espera-se que estas sejam linhas provisórias, jamais definitivas, destinadas a suscitar reflexão. Para recordar Honoré de Balzac, e parece necessário fazê-lo, “existe, em todos os sentimentos humanos, uma flor primitiva gerada por um nobre

⁵⁷³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

⁵⁷⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

entusiasmo que sempre acaba enfraquecendo até que a felicidade já não passe de uma lembrança e a glória, de uma mentira”.⁵⁷⁵

Descreveu-se o CPC de 2015, seu discurso legitimador e seu processo de elaboração e construção, mesmo sem o saber. Com o discurso de que é democrático, acaba sendo uma “armadilha”⁵⁷⁶, e poderíamos mesmo falar em uma “teoria das armadilhas processuais”, embora este não seja nem o momento, e nem o local adequado.

O “novo” CPC de 2015, no entanto, parece ter sido urdido de maneira dedicada e espirituosa por cada um de seus específicos elaboradores, nos mais variados momentos de sua construção. A impressão que transparece é a de que cada um dos envolvidos esteve comprometido de maneira leal e honesta com sua própria obra de arte, com felicidade e entusiasmo, vislumbrando a possível solução dos problemas processuais.

Contudo, processo é poder⁵⁷⁷, representativo da estrutura óssea da sociedade democrática⁵⁷⁸, e por isso mesmo a participação popular, em suas linhas mestras, deveria ter sido feita por meio de consulta direta, e não através de mecanismos outros que não são capazes de lhes fazer as vezes.

Além disso, a luta intestina por fazer prevalecer versões distintas, luta pelo poder, acabou por fazer do CPC projetado uma espécie de santo graal que iria redimir todos os pecados, de todos os credos e sentidos de justiça. Decorrente da ambição por fazer do projeto um projétil, destinado a representar a bala de prata que derrotaria, com um só tiro, todos os nossos males. Poucos foram os que ingressaram, de fato, na sala de máquinas do novo CPC de 2015 (*engine room of the 2015 civil procedure code*), talvez porque poucos são os que ingressam na sala de máquinas da Constituição (*engine room of the Constitution*).

Houve uma promessa de que a vontade prevalecente seria a da casa iniciadora, o Senado. Esquecemos de respeitar o art. 65, da CF/88, rememorando um enredo que pretendia obnubilar as visões sobre o texto, e sobre o processo legislativo. Assim como Calmon de Passos foi enredado e abandonou o júri, desiludido, juristas de escol foram enredados de que a vontade prevalecente seria a da casa do povo, a Câmara. Cumpriu-se a promessa. O CPC projetado da Câmara se transformou no Quintela, e foi “justiçado”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ BALZAC, Honoré. **A obra-prima ignorada**. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 6.

⁵⁷⁶ Num dos sentidos empregados pelo dicionário priberam: cilada, embuste e logro. Disponível em: <www.priberam.pt/dlpo/>, acesso em: 14.04.2015.

⁵⁷⁷ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 434, supra.

⁵⁷⁸ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 435, supra.

⁵⁷⁹ Vide parágrafo e narrativa contidas no corpo do texto sobre a disputa prela prevalência do projeto.

A metáfora aqui acaba sendo também outra. Como observado a partir de um primeiro prisma da narrativa rodrigueana, o “novo” CPC, sobre o qual se lutou com unhas e dentes, acaba por representar o “Cadelão” do ordenamento jurídico, assim como o STF parece ser “Cadelão” do Direito Constitucional. Representam objetos de vontades que precisam ser saciadas.

Também faz recordar a letra da canção imortalizada na voz de Billie Holiday (1915-1959), “*strange fruit*”⁵⁸⁰, que fala sobre o hediondo crime motivado por racismo, afirmando que as árvores do sul produzem uma estranha fruta, com sangue nas folhas e sangue nas raízes, com corpos negros balançando nas árvores.

No Brasil de 2015, a nosso turno, nossa árvore da democracia também produz frutos estranhos. Códigos, sem participação popular substancial, pendurados pelos álamos, como na canção acima, para os corvos arrancarem e saciarem a sua fome. Em termos do que se buscou refletir, o novo CPC não toca no modelo deliberatório (*per curiam v. seriatim*), e portanto, não influiria no problema da racionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, se este CPC de 2015 existisse à época dos julgamentos ora analisados, não haveria influencia alguma de modo que a pesquisa segue tendo alguma utilidade prática, ainda que seja, como já se mencionou, para suscitar reflexões.

Feitas estas considerações, percebemos a importância da *ratio decidendi* dentro da proposta de qualquer decisão judicial, motivo pelo qual, no próximo capítulo cuidaremos de explorar nesta pesquisa a dimensão da funcionalidade múltipla das variadas espécies de razões de decidir em Pierluigi Chiassoni, abordando especificamente o pensamento deste autor, nas mais variadas obras, ensaios, artigos e capítulos de livro que ele escreveu, e que tivemos a oportunidade de ter acesso⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Composta inicialmente como um poema por Abel Meeropol (um professor judeu do colégio do Bronx), que o publicou sob o pseudônimo de Lewis Allan, e que foi interpretada por quase uma centena de artistas, e mais notoriamente por Billie Holiday, sobre o triste e famoso caso dos negros covardemente mortos, linchados, enforcados, pendurados pelos pescoços nas árvores do Sul dos E.U.A.: “As árvores do Sul estão carregadas com um estranho fruto, sangue nas folhas e sangue na raiz, Um corpo negro balançando na brisa sulista. Um estranho fruto pendurado nos álamos”.

⁵⁸¹ CHIASSONI, Pierluigi. *The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction*. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. **On The Philosophy of Precedent**. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012; CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: nozione, interpretazione, rilevanza pratica. lezione per il Seminario “Metodologia nello studio della giurisprudenza”**, Dottorato di ricerca in Diritto Privato, Facoltà di Economia, Università di Genova, 22 giugno 2009; CHIASSONI, Pierluigi. **The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart’s Metaphilosophy of Law**. Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Número 5 Sección de Discusión / Discussion Topic, 2011; CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. Analisi e diritto** 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 2005; CHIASSONI, Pierluigi. Entre formalismo y theological reading: Garzón Valdés, Francisco Suarez y la Interpretación de la Ley. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007; CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, nº 21, Julio-Diciembre de 2001; CHIASSONI, Pierluigi. El Estado Laico Según Mater Ecclesia: Libertad Religiosa y Libertad de Conciencia en una Sociedad Democrática. **Isonomía** nº 27, Octubre 2007; CHIASSONI, Pierluigi. **A Tale from two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps**. Analisis e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G.

3. A FUNCIONALIDADE DA “RATIO DECIDENDI” EM PIERLUIGI CHIASSONI

Ementa: O presente capítulo objetiva refletir sobre a perspectiva de Pierluigi Chiassoni sobre a filosofia do precedente, sobretudo na sua mirada classificatória, analítica e funcional, das 11 tipologias de ratio decidendi, iniciando com uma introdução sobre o pensamento do autor, e uma breve relação de suas obras, publicações e possíveis influências.

3.1 O Jurista de Gênova

Presidente do “*Masters Program in Global Rule of Law & Constitutional Democracy*” do Instituto Tarelo para Filosofia do Direito - TILP (Tarello Institute for Legal Philosophy), vinculado à *Università Degli Studi di Genova*, Pierluigi Chiassoni⁵⁸² é um jurista respeitado em toda a Europa, possuindo vasta obra publicada, oriunda de uma densa e ativa produção acadêmica, da qual se beneficiam excelentes acadêmicos brasileiros.⁵⁸³

Giappichelli Editore, Torino, 2007; CHIASSONI, Pierluigi. **Finzioni giudiziali: Progetto di voce per un vademecum giuridico**. ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 2002; CHIASSONI, Pierluigi. **L'ineluttabile scetticismo della scuola genovese**. Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 1999; CHIASSONI, Pierluigi. **Codici interpretativi: Progetto di voce per un vademecum giuridico**. Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; CHIASSONI, Pierluigi. **¿Quién salvó a la Constitución?**. Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 2000; CHIASSONI, Pierluigi. Notas para un Análisis Silogístico del Discurso Judicial. *Doxa* 20, 1997; CHIASSONI, Pierluigi. **Some Realism about Legislation**. In: Brunet, P; Millard, P; Mindus, P; **Realist Conceptions of Legislation**. The Theory and Practice of Legislation, vol. 1, n° 1, June 2013; CHIASSONI, Pierluigi. Un Baluarte de la modernidad: Notas Defensivas sobre el Constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011; CHIASSONI, Pierluigi. L'inescusabile Specismo del Mangiatore di tartare Divagazioni sui Diritti Degli Animali. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 5, vol. 7, jul. - dez 2010; CHIASSONI, Pierluigi. Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale. **Revista diritto & questioni pubbliche - D & Q**, n° 9 (2009); CHIASSONI, Pierluigi. **L'interpretazione delle norme giuridiche. Materiali per il Master Legislativo**. Firenze, 2006; CHIASSONI, Pierluigi. Tres Buenos Filósofos contra las malas costumbres (Jurisprudencia Analítica y Teoría de la Costumbre). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008); CHIASSONI, Pierluigi. **Positivismo Giuridico: una investigación analítica**. Modena: Mucchi Editore, 2013.

⁵⁸² Autor de centenas de artigos e dezenas de monografias pelas mais prestigiadas editoras da Itália e da Europa, seu currículo vitae mostra um professor dedicado à filosofia analítica e a teoria do direito como eixos centrais de sua formação.

⁵⁸³ Nosso grupo de pesquisa, “Justiça Processual e Desigualdade – ISO”, liderado pelo professor Jefferson Carús Guedes, teve a oportunidade de discutir e refletir (2º/14) as peculiaridades do “Precedente Judicial” a partir do “pequeno grande livro” de Lenio Streck e Georges Abboud “O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes”, quando então citava-se 7 conceitos cunhados pela tradição sobre a “ratio decidendi” (posteriormente aumentadas para 11), da lavra de Pierluigi Chiassoni. O desafio de estudarmos uma decisão do STF, “fatiada” de forma a tentar localizar trechos e excertos

Para uma brevíssima referência, em obra organizada por Luigi Ferrajoli⁵⁸⁴ acerca do Constitucionalismo, da qual participaram inúmeros juristas de nomeada (como Manuel Atienza, Mauro Barberis, Paolo Comanducci, Juan Moreso, Giorgio Pino, Luis Prieto Sanchis, entre outros), Pierluigi Chiassoni publicou denso artigo sobre o “Constitucionalismo Garantista”, em que realiza vasta abordagem sobre os argumentos da conexão e separação entre moral e direito.⁵⁸⁵

Também publicou provocante artigo acerca do “Realismo Vienense” (*Wiener Realism*)⁵⁸⁶, sobre o pensamento de Hans Kelsen, em importante e prestigiosa coletânea sobre a revisitação da teoria do direito kelseniana, discernindo os “períodos filosóficos” que medeiam entre a publicação da teoria pura do direito em 1910 até a publicação da “teoria geral das normas” em 1979, que o ligam, segundo a abordagem impressionantemente densa, ao “realismo jurídico”, já presente em sua obra de 2007 “*Diritti Umani, Sentenze Elusive, Clausole Ineffabili*”⁵⁸⁷, exercício de pesquisa a que Chiassoni já estava acostumado ao publicar em 2012 a obra “Desencantos para abogados realistas”.⁵⁸⁸

Trata-se de um teórico e filósofo do Direito sobre quem podemos ler ainda acerca de pesquisas referentes ao pensamento de Jeremy Bentham⁵⁸⁹ e o Ordenamento Jurídico (relativo a alguns “mal-entendidos sobre o Positivismo Jurídico”), também presente em sua obra “*Positivismo Giuridico, Una Investigazione Analitica*”⁵⁹⁰, ou “o livro Vermelho de Chiassoni”⁵⁹¹ (no qual se analisa de forma densa, também as categorias de positivismo inclusivo e exclusivo).

decisórios na respectiva diferenciação conceitual é devida à brilhante mestrandia Ana Borges Coêlho Santos, a partir da leitura do livro pesquisado. Cfr. STRECK, Lenio L; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, (Especialmente notas de rodapé números 59, na p. 38, e, nota número 80, na p. 46).

⁵⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Un debate sobre el constitucionalismo**. Monográfico, revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012.

⁵⁸⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **Un Baluarte de la Modernidad: Notas Defensivas sobre el Constitucionalismo Garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Un debate sobre el constitucionalismo**. Monográfico revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 97-116.

⁵⁸⁶ CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. In: GREEN, Leslie; GARDNER, John; DUARTE D’ALMEIDA, Luís. **Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 131-162.

⁵⁸⁷ CHIASSONI, Pierluigi. **Diritti Umani, Sentenze Elusive, Clausole Ineffabili: Scritti di realismo militante**. Roma: Aracne, 2011.

⁵⁸⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **Desencantos para abogados realistas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

⁵⁸⁹ CHIASSONI, Pierluigi. Bentham on Legal Order. In: TESSEAU, Guillaume. **The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on Of The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence**. London: Routledge, 2014, p. 47-70.

⁵⁹⁰ CHIASSONI, Pierluigi. **Positivismo Giuridico: Una Investigazione Analitica**. Modena: Mucchi Editore, 2013.

⁵⁹¹ “Livro Vermelho de Chiassoni” é como seus alunos do Instituto Tarello carinhosamente denominam seu livro “Positivismo Giuridico, Una Investigazione Analitica”.

Três obras de referência podem ser observadas dentro do pensamento de Pierluigi Chiassoni, em termos de filosofia analítica. Seus livros “*La Giurisprudenza Civile*”⁵⁹², (de 1999), “*Tecnica dell’interpretazione giuridica*”⁵⁹³, (de 2007), e, “*L’indirizzo analítico nella filosofia del diritto: de Bentham a Kelsen*”⁵⁹⁴ (de 2009).

Ao participar do 24º encontro do Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia Social e do Direito, em Beijing⁵⁹⁵, em 2009, Pierluigi Chiassoni apresentou importante reflexão sobre a filosofia do precedente, em uma “análise conceitual” e numa “reconstrução racional”, observando que a “filosofia do precedente” pode ser de dois tipos, dentre vários pontos de vista diferentes (estrutura legal dos precedentes, bases filosóficas, relevância para a teoria do direito, relevância para a prática jurídica, e, problemas metodológicos): A) teoria normativa do precedente; B) teoria analítica do precedente; ambas intimamente vinculadas. Estas as linhas que regerão a presente abordagem, não sem antes traçar um breve “*panorama garantista*” do autor pesquisado.⁵⁹⁶

3.2 Sua Verve Garantista

Segundo Pierluigi Chiassoni, o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, representa um dos últimos baluartes da modernidade na filosofia jurídica contemporânea, opondo-se ao neoconstitucionalismo, pois o constitucionalismo garantista seria marcadamente juspositivista. Não obstante, reconhece pontos críticos no que concerne ao constitucionalismo garantista, pois segundo lhe parece, sua forma de expressão e apresentação deveria ser ainda mais abertamente normativa, “como convém a uma posição num debate que se situa quase totalmente no plano das ideologias jurídicas”.⁵⁹⁷

⁵⁹² CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile: Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999.

⁵⁹³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica Dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Mulino, 2007. (Traduzida para o espanhol: CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de Interpretación jurídica: Breviário para juristas*. Madrid: Marcial Pons, 2011).

⁵⁹⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *L’indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli editore, 2009.

⁵⁹⁵ Destaque-se a participação de dois brasileiros no evento: Thomas Bustamante (UFMG) e Patrícia Perrone Campos de Mello (UERJ), ao lado de outros juristas que refletiram sobre a filosofia do precedente: Carlos Bernal Pulido, Marina Gascón, Larry Alexander, Victória Iturralde, Zhang Qi e Ewoud Hondius.

⁵⁹⁶ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. *On The Philosophy of Precedent*. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁵⁹⁷ Pierluigi Chiassoni observa que compartilha a ideia de um constitucionalismo de corte juspositivista, bem como compartilha a ideia de que o constitucionalismo não positivista ou antipositivista representa um regresso para a cultura jurídica (mesmo que se reconheça que “progresso e regressos sejam deuses mistérios”, além de compartilhar a ideia de que o chamado “não-cognitivismo (meta)ético representa a separação entre direito e moral. Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. *Un Baluarte de la Modernidad: Notas Defensivas sobre el Constitucionalismo Garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Un debate sobre el constitucionalismo*. Monográfico revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 97-98.

A questão das ideologias vai aparecer na sua reflexão sobre a filosofia do precedente, como vamos observar em momento oportuno, quando menciona que uma filosofia analítica do precedente, “*para que faça seu trabalho adequadamente, necessita de plena consciência sobre o fato de que o precedente judicial é matéria de alegações, disputas e valores ideológicos*”.⁵⁹⁸

O autor observa que tal conclusão é decorrente da própria tomada de posição de Luigi Ferrajoli ao estabelecer as linhas de seu constitucionalismo garantista enquanto modelo de engenharia consistente em “teoria do Direito e filosofia e teoria política” equivalentes a um projeto normativo que requer seja realizado por meio da construção de garantias idôneas institucionais de garantia através de políticas e leis de atuação.⁵⁹⁹ Ressalte-se que para Luigi Ferrajoli, a possibilidade de os poderes se tornarem “desregulados” e “selvagens” torna premente a noção de um novo sentido para o direito e para o interesse geral, aliado a uma concepção universal do constitucionalismo e da democracia, que estaria fundada na vinculação da Convenção de São Francisco, da ONU, e nos diversos documentos internacionais de Direitos Humanos⁶⁰⁰, como uma espécie de caminho.

Esta percepção está alinhada com Frederick Schauer, professor da Faculdade de Direito da Virginia, nos Estados Unidos, que esteve em Gênova⁶⁰¹ para apresentar um seminário, e como resultado escreveu e publicou importante artigo sobre a “*Path-Dependence*” (Dependência da Trajetória) que teria (des) modelado o Positivismo Jurídico⁶⁰², que nos toca mais diretamente dialogar, pela importância do resgate, e do sentido que representa para a comunidade jurídica.

Visão historicamente instrumental caracteriza a abordagem da “dependência da trajetória” (*Path Dependence*), buscando a recuperação de ideias que foram modificadas ou atingidas pela passagem do tempo, por uma gama de variadas razões. Vale dizer, se uma ideia no passado possuiu mais de um mecanismo avaliável, e se um deles se torna “popular”,

⁵⁹⁸ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. **On The Philosophy of Precedent**. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012, p. 13

⁵⁹⁹ Sobretudo a partir da reflexão construída na nota de rodapé número 3. Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. **Un Baluarte de la Modernidad: Notas Defensivas sobre el Constitucionalismo Garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi. Un debate sobre el constitucionalismo. Monográfico revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 98.

⁶⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O Constitucionalismo Garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexandre de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015, p. 250.

⁶⁰¹ A observação que Frederick Schauer realiza sobre a apresentação de uma versão prévia de seu artigo em na Itália é a que se segue: “Uma versão deste artigo foi apresentada no ‘*Masters in Global Rule of Law program of the University of Genova*’ e eu recebi comentários daquela audiência também”. Cfr. SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. **Virginia Law Review**, vol. 101, 2015, p. 957.

⁶⁰² SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. **Virginia Law Review**, vol. 101, 2015, p. 957-976.

saliente, importante ou interessante, será justamente esta parte (“popular”, saliente, importante ou interessante) que será mais discutida, explicitada e ilustrada.⁶⁰³

Por sua vez, essas partes discutidas, explicitadas e ilustradas é que serão, a seu turno, elas mesmas, discutidas, explicitadas e ilustradas, e assim por diante, de uma maneira que faz lembrar os galhos de uma árvore, que geram outras bifurcações e outros galhos. Olhando para os sub-galhos menores, oriundos de um galho maior, prévio e comum, podemos nos cegar para a existência de outros galhos principais, assim como nos focarmos exclusivamente nos fragmentos subsequentes da parte de uma ideia principal, o que pode nos levar a ignorar as outras partes, partes estas, cuja importância pode ter sido esquecida justamente como consequência do processo de “*path-dependence*”. Alega-se que o positivismo jurídico, no passado, era composto por três importantes tópicos da teoria jurídica, em uma relação de ancestralidade com o moderno positivismo jurídico.⁶⁰⁴

Seriam eles: **1)** A relação entre a teoria do direito e a reforma jurídica, ou seja, que a natureza do direito deve ser desenvolvida não apenas de maneira a compreendê-la, ou de uma descrição adequada, mas também como forma de facilitar a sua própria reforma ou a reforma de como a sociedade entende a ideia de direito. Esta a primeira dimensão que teria sido obscurecida pela passagem do tempo. **2)** O positivismo jurídico, durante o século XIX, estava focado na importância da coerção, da força e da sanção, como componentes centrais do Direito, mas com a criação das teorias jurídicas com propósito de reforma; esta ênfase no lado coercitivo do Direito também acabou sendo “banida” para uma espécie de “purgatório jurisprudencial”, por razões (e com consequências) que mereceriam futuros exames. **3) O terceiro elemento perdido nas versões iniciais do positivismo jurídico foi o seu foco** na tomada de decisões judiciais, e no papel dos juízes; os positivistas jurídicos modernos, de 1961 em diante (ano de publicação de “The Concept of Law”, de H.L.A Hart), passaram a uma muito útil reflexão acerca da natureza do direito, mas desconsideraram a teoria da decisão judicial como uma parte necessária, ou mesmo importante, da perspectiva positivista, com algumas exceções (entre elas: Ronald Dworkin nos EUA⁶⁰⁵, e Lenio Streck no Brasil⁶⁰⁶).

⁶⁰³ SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, p. 957-976.

⁶⁰⁴ SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, p. 957-976.

⁶⁰⁵ SCHAUER, Frederick. The Path-Dependence of Legal Positivism. *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, p. 957-976.

⁶⁰⁶ Frederick Schauer menciona Dworkin, e nós inserimos ao seu lado, no contexto referido, o pesquisador e professor Lenio Luiz Streck, por sua profunda utilização de Ronald Dworkin em suas obras e por sua constante preocupação com a Teoria da Decisão Judicial. Aliás, para Lenio Streck, precisamos 4 renovadas teorias no Brasil, relativas (1) as fontes, (2) as normas, (3) a interpretação, e (4) a decisão: “No Brasil, com o advento da Constituição, ocorreram demandas das mais variadas. No campo da teoria do direito, precisamos de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da interpretação e, finalmente, uma nova teoria da decisão. Ora, na medida em que a Constituição brasileira possui um catálogo extenso de direitos sociais, que se transformam em direitos sociais-fundamentais, é inexorável que ocorra uma judicialização nesse campo da aplicação do direito. Só que, aqui, devemos fazer uma diferença entre judicialização, que é um problema de competência (ou incompetência) dos Poderes, e o ativismo, que é um problema de comportamento dos juízes. No Brasil, é possível constatar que o ativismo se transformou em uma vulgada judicialização. E isso deve ser combatido. As decisões não podem ser frutos do solipsismo (apreciação individual-subjetivista) do julgador. Ele não pode se substituir àquilo que chamamos de produção democrática do direito. É nesse espaço que precisamos de uma teoria da

3.3. Aspectos sobre a teoria de Hans Kelsen a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni⁶⁰⁷

Ao analisar o pensamento de Hans Kelsen, notou que muito já teria sido escrito, e também ressaltou que também ocorreram muitas mudanças de pensamento do mestre de Viena. Na sua percepção, o elemento central da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen sempre ambicionou desenvolver uma filosofia jurídica realista, e que observando a Teoria Pura como um todo, pode-se perceber uma predileção epistemológica pelo “realismo jurídico”.

Pierluigi Chiassoni assevera que existem indícios bastante antigos, e perceptíveis desta trilha. Tal orientação realista na filosofia jurídica de Hans Kelsen poderia ser encontrada nos estágios iniciais de seu “forte” período Neokantiano (iniciado em 1910, e tendo alcançado seu ponto culminante quando do lançamento da primeira edição de sua Teoria Pura do Direito em 1934, tendo ele mesmo descrito esta obra como “uma teoria do direito radicalmente realista” (descrições estas que poderiam ser encontradas em seus textos tanto de 1933 quanto de 1960.

Tais aspectos, segundo Pierluigi Chiassoni, sempre foram negligenciados pelos estudiosos da obra de Hans Kelsen, que preferiram, em sua maioria, centrar suas análises em aspectos específicos e singulares da obra, deixando passar as predileções de Hans Kelsen pelo direito real, ou “o direito como realmente é”.

Pierluigi Chiassoni refaz a trilha da filosofia de Hans Kelsen em três passos, primeiro realizando uma recuperação da integridade da filosofia do direito do mestre de Viena em seus diferentes períodos, iniciando com uma caracterização abstrata do realismo jurídico, perpassando por uma identificação entre elementos apontados pelos estudiosos do período final da obra Kelsen (denominado de período sético) que também estariam ligados ao período inicial de sua produção filosófica (também identificada por um ceticismo).

Neste contexto, Chiassoni identifica – ou melhor dizendo, classifica 8 características de uma filosofia ligada ao realismo jurídico (realistic jurisprudence), quais sejam, as concepções seguintes: 1. O direito positivo como ideologia institucionalizada; 2. O direito natural como ideologia à procura de institucionalização; 3. Dinamicidade na alteração do direito; 4. A instrumentabilidade do Direito; 5. Ceticismo com as regras, discricionariedade judicial, ceticismo fático, interpretativismo não cognitivista; 6. Ausência de sistematicidade intrínseca do Direito; 7. Empiricismo e não cognitivismo meta-ético; e, 8. Epistemologia realista.

decisão”. Cfr.: STRECK, Lenio. [Entrevista]. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 81, n. 4, ano XXIX, out.-dez, 2011, p. 16.

⁶⁰⁷ CHIASSONI, Pierluigi. **Wiener Realism**, p. 131-162. [Toda a reflexão do item encontra-se baseada nesta fonte].

Com efeito, Chiassoni observa que tanto em nível epistemológico, quanto teórico, a visão de Hans Kelsen sobre direito positivo e direito natural seriam decididamente pertencentes ao realismo, sobretudo no que se refere a sua “Teoria Pura do Direito”. Em termos epistemológicos, o realismo jurídico se manifestaria em três aspectos:

1. Sua visão do direito como um fenômeno social pertence à realidade empírica, rejeitando quaisquer ideias metafísicas, transcendentais da realidade jurídica;
2. A Teoria Pura do Direito assevera a possibilidade de um conhecimento científico do Direito, opondo-se firmemente contra sincretismos metodológicos, fisções, metafísica e e contrariamente a escolhas ideológicas escondidas e fidelidades políticas; e,
3. A Teoria Pura do Direito está compromissada com a distinção entre Sein (Ser) e Sollen (Dever-ser); sua filosofia imanentista, racionalista e empiricista busca combinar a epistemologia Kantiana com o empiricismo metodológico das ciencias sociais do século XX, opondo-se a qualquer tentativa de retorno à metafísica Pré-Kantiana (*vorkantische Metaphysik*).

Muito embora a distinção entre Ser e Dever-ser seja utilizada por estudiosos do pensamento de Kelsen para comprovar uma propensão “idealística” da Teoria Pura do Direito, mas Chiassoni observa que tais estudiosos estão equivocados, pois, em primeiro lugar, Kelsen observou em muitas ocasiões que as normas jurídicas, seriam o significado dos atos de vontade performados por autoridades legais em determinados contextos, mesmo que também pudessem ser entidades ideais. Sua profunda abordagem da obra de Kelsen reconhece o que muitos acadêmicos podem não concordar, vale dizer, que a Teoria Pura do Direito, resumidas nas seguintes conclusões, todas elas exaustivamente baseadas em fontes que compõe mais de 100 notas de rodapé:

1. As três atitudes básicas de uma teoria do direito realista são: antiformalismo, empiricismo, e anti-normativismo.
2. A Teoria Pura do Direito é radicalmente anti-formalista e uma teoria do Direito anti-conceitualista. Ela monta uma crítica compreensiva da metodologia e da teoria tradicional, oriundas do positivismo jurídico continental do século XIX.
3. A Teoria Pura do Direito também alberga uma tentativa altamente sofisticada de aplicar uma epistemologia empirista para o estudo do Direito. Kelsen empenhou-se para estabelecer a autonomia das investigações empíricas doutrinárias no Direito, por um lado, como uma empreitada diferente, tanto da sociologia jurídica, quanto da filosofia geral (que ele resguardou como valiosas tipologias de pesquisa em seu próprio direito), e, por outro lado, a ciência jurídica tradicional (a qual ele vislumbrou, não

como menos científica, mas ao invés disso como política jurídica disfarçada). Ao fazer isso, Kelsen se opôs aos principais “realistas” jurídicos que tenderam a reduzir o conhecimento científico do Direito a sociologia do Direito, e assim conceber o estudo doutrinário do direito como irremediavelmente valorativo prático e não científico.

4. Por sua atitude anti-normativista, a Teoria Pura do Direito rejeita a distinção “Direito como fato vs. Direito como norma”, sugerindo que nós abandonemos tanto o realismo naif quanto o normativismo naif, em favor da adoção de um caminho do meio representado por (o que podemos chamar de) um normativismo realista.

Por realismo naif quero dizer o tipo de jurisprudência puramente behaviorista que descarta (por pretensiosas) quaisquer falas sobre as normas, e que procura referir aos direitos e obrigações jurídicas a partir exclusivamente de teorias puramente previsionistas.

Por normativismo naif quero dizer sobre a noção de que conhecer o Direito é conhecer as suas normas em algum sentido objetivo, isto é, a noção de que as normas de alguma forma são objetos “lá fora” aguardando para serem descobertas pelos juristas.

Kelsen se opôs às duas rotas, cada uma delas injustificadamente assume que há apenas um ponto de vista aceitável, e ambas falham em reconhecer que a questão ultimamente depende de uma opção epistemológica (o normativismo naif, além de tudo, ainda alberga uma visão sobre as normas que Kelsen julga falsa).

O normativismo realista de Kelsen, ao contrário, enquanto assume que o Direito é feito de normas, o faz na perspectiva de um reconhecimento explícito de uma opção epistemológica; e assim observa as normas legais simplesmente como normas *in actu*, (isto é, como elas foram sendo produzidas faticamente e aplicadas no momento no qual a descrição toma lugar), que é o objeto (que eu proponho denominar) de descrição estática; ou como normas *in potentia* (isto é, como normas-frame), as quais são objeto (que eu proponho denominar) de descrição dinâmica. (Tradução Livre)

Uma análise bastante ousada, e de certa forma diversificada, que ele expõe ainda em outro trabalho de fôlego, de corte mais analítico e densificado⁶⁰⁸, e ocupa lugar de destaque em sua análise sobre o positivismo jurídico, igualmente de corte analítico-filosófico.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen**. Torino: G. Giappichelli editore, 2009, p. 303-378.

⁶⁰⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **Positivismo Giuridico: Una Investigazione Analitica**. Modena: Mucchi Editore, 2013.

3.4. Aspectos sobre a teoria de Jeremy Bentham a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni⁶¹⁰

Jeremy Bentham também ocupa lugar privilegiado nas preocupações e pesquisas de Pierluigi Chiassoni. Embora preceda Kelsena, e talvez devesse vir no item anterior a ele, pensamos que faz mais sentido ter em mente essa informação sobre o entrecruzar dos séculos e dos pensamentos (especialmente porque aparece bem traçada a influência, olhada de trás para a frente); observamos que Bentham está para Chiassoni nos albores da utopia analítica, considerado e reconhecido como o fundador da filosofia analítica do direito.

Conforme ressalta Pierluigi Chiassoni, em termos de investigação analítica, e procurando ressaltar a importância de Jeremy Bentham para o Direito (especialmente para a filosofia do Direito):

Bentham desenvolveu uma teoria da ordem jurídica; indaga-se se tal teoria ainda vale a pena ser pesquisada, aqui e agora, afora as questões relativas para um antiquário e por razões de história do pensamento jurídico? Haveria, aqui e agora, alguma relevância em que a teoria de Bentham ofereça alguma contribuição relevante?

1. Valor arquétipo: Retrospectivamente, e do ponto de vista da filosofia contemporânea, com suas necessidades, conceitos, prejuízos e quebra-cabeças, a teoria da ordem jurídica de Jeremy Bentham pode ser observada como um arquétipo de valor: possivelmente relativa a influência precursora sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, e também das teorias pós-kelsenianas, seja com relação ao seu conteúdo, e acima de tudo sobre seus métodos e acerca de sua meta-filosofia do Direito.

2. Conteúdo: Nós podemos apreciar alguns pontos substantivos da teoria de Jeremy Bentham, ainda que apenas como aviso contra algumas falhas da filosofia do Direito atual. Exemplifico. Nós enfrentamos, aparentemente, uma disputa entre duas variações do normativismo jurídico: normativismo voluntarista, e normativismo convencionalista. Os voluntaristas tencionam o elemento de vontade do Direito, observando (quase) todo Direito como produto de atos discricionários da vontade das autoridades, relativos e auxiliados pelo uso da força. Os convencionalistas tencionam os acordos fundacionais tácitos da ordem jurídica, empurrando a vontade e a força de alguma maneira para fora de cena, para baixo do tapete de uma teia de entendimentos sociais impalpáveis.

Bentham, como referi anteriormente, sugere uma teoria balanceada. Vontade e força tem seu lugar, ao mesmo tempo em que, entretanto, o

⁶¹⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli editore, 2009, p. 1-113.

elemento convencionalista é trazido para a tela, e é conectado com a força e com a vontade. De fato, a disposição das pessoas em obedecer às leis é representada como dependente, ainda que parcialmente, em entendimentos tácitos entre as próprias pessoas, por um lado, e seu soberano, por outro lado, acerca das leis que o último deve implementar.

3. Método e meta-filosofia: A metodologia filosófica, consideradas todas as coisas, é o local em que a teoria do direito de Bentham mais brilha, presentemente, como uma altamente valorosa fonte de sabedoria e instrução. Nos dias de hoje faz parte de certo modismo na filosofia colocar em dúvida sobre a divisão entre o ser/dever-ser, e conceber o próprio papel da filosofia do Direito como sendo de investigação da natureza do Direito, sobre o que o Direito realmente é, sobre o próprio conceito de Direito, isto é, um conceito realmente adequado ao seu objeto, etc.

Agora, se olharmos para essa moda filosófica do ponto de vista do que Bentham dividiu (distinguiu) em ponto de fato/ponto de direito, a visão realística de Bentham sobre o Direito e sobre seu estudo, a aproximação micro-teorética, a sua luta contra as ficções jurídicas e contra uma má-metafísica, e além de tudo, mais importante, a teoria jurídica que Bentham inseriu na base daquela visão metodológica, uma tão moda filosófica pareceria um tecido de ilusões e velhos truques. Uma empreitada pré-Benthamita, que precisa ser resistida de todas as maneiras.⁶¹¹

Neste contexto, passemos a abordar a questão da filosofia do precedente e a analítica da *ratio decidendi* de Pierluigi Chiassoni, tendo mencionado suas principais influencias, que se juntam, além de Bentham e Kelsen, a Norberto Bobbio, Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik.⁶¹²

3.5. Analítica e Funcionalidade da Ratio Decidendi a partir da leitura de Pierluigi Chiassoni.⁶¹³

Em razão de termos realizado a tradução do artigo no qual se baseiam as observações constantes neste tópico, nos furtaremos em realizar uma repetição que tornaria a leitura

⁶¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. Bentham on Legal Order. In: TESSEAU, Guillaume. **The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on Of The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence**. London: Routledge, 2014, p. 47-70.

⁶¹² CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica Dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Mulino, 2007. (Traduzida para o espanhol: CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de Interpretación jurídica: Breviário para juristas**. Madrid: Marcial Pons, 2011).

⁶¹³ Todo o presente item basei-sse na concepção da filosofia do precedente de Chiassoni. Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. **On The Philosophy of Precedent**. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012, p. 13

cansativa. Iremos, no entanto, realizar uma breve referência sobre a concepção da filosofia do precedente em Pierluigi Chiassoni, com vistas a permitir, na sequência, sua utilização analítica e classificatória. Observe-se que ele enxerga duas tipologias filosóficas sobre o precedente.

Na primeira categorização (teoria normativa do precedente), teríamos um discurso tendente à trazer para o ordenamento jurídico (ou uma plêiade de ordens jurídicas), a promoção de respostas para questões de política pública judicial, concernentes a axiologia sobre: (i) entender o precedente, (ii) a definição de sua relevância prática numa ordem jurídica, isto é, seu status, se houver algum, de fonte do direito positivo, (iii) definir os princípios que estariam presentes numa tal doutrina dos precedentes, e, (iv) lidar com os precedentes, metodologicamente, do ponto de vista de seu uso, interpretação e raciocínio.

Já na segunda categoria (teoria analítica do precedente), pelo contrário, a filosofia do precedente se referiria a uma “teoria analítica”, inerente a: (i) peça de análise conceitual, (ii) principal componente da terminologia e dos conceitos, (iii) em um nível meta-teorético, referente às “teorias” concernentes aos precedentes judiciais, relativas a uma certa cultura jurídica, de maneira a obter uma melhor terminologia, melhores conceitos e melhores maneiras de se pensar sobre eles, do ponto de vista de valores-razionalidades como “clareza”, “precisão”, “discriminação” e “justificação”.

A ligação entre as duas categorizações é evidente, pois se por um lado a teoria normativa do precedente está condenada a falhar, ao lidar com discursos nebulosos de um mundo retórico, a menos que seja iluminada, apoiada e até mesmo “curada”, se necessário, pela segunda, e esta, por sua vez, somente poderia fazer seu trabalho adequadamente se estiver bastante consciente de que o precedente é matéria objeto de disputas e alegações ideológicas.

Para tanto, do ponto de vista “analítico”, passam a ser importantes uma adequada definição das noções centrais de “ratio decidendi” e de “obiter dictum”, assim como também são importantes uma teoria analiticamente adequada da interpretação do precedente (ou, uma meta-teoria explanatória); e uma teoria analiticamente adequada da relevância prática do precedente.

Primeiro, indaga-se sobre a existência de uma “estrutura do precedente”, que requer uma definição prévia sobre o que se quer dizer com a expressão: “precedente”. São 4 as acepções que povoam esta noção, quais sejam, uma decisão: (1) como um todo, manifestação, incluída a “ratio decidendi” ou a “holding”, e mais as determinações individuais de um caso; (2) pronunciada em um período anterior; (3) utilmente catalogada em um repositório, de maneira a torná-la confiável de ser usada e conhecida no futuro pelos procuradores e juízes; e, (4) referentes aos mesmos fatos e questões (ou similares), aos que serão adjudicados no presente período; a isso, chama-se “precedente-julgamento”.

Já no que se refere por estrutura, são tomadas as três acepções seguintes: (1) parte de alguma coisa, sem a qual não se mantém; (não subsiste, não sobrevive), similar à estrutura de um prédio, suas vigas mestras e seus pilares de concreto; (2) o “core” axiológico ou “núcleo” (kernel) de alguma coisa, sua parte “essencial”, ou seja, o componente ou a propriedade sem as quais seria inútil, de qualquer ponto de vista relevante; (3) a configuração de relações adequadas, como uma teia de conexões apropriadas entre as várias partes de alguma coisa, sem a qual seria empobrecida e defeituosa.

Como a categoria anterior (estrutura), também o conceito de “fundação” é importante para apreciação do que seriam as “fundações filosóficas do precedente”. Entre muitas possibilidades, mencionam-se pelo menos duas: a) fundações filosóficas do precedente pertencentes à filosofia prática e normativa; e, b) fundações filosóficas do precedente pertencentes à filosofia analítica.

Pierluigi Chiassoni considera relevante o precedente para a teoria do direito, endossando uma concepção normativa da teoria do direito (teoria do direito como jurisprudência normativa) e também chancelando a concepção analítica da teoria do direito (teoria do direito como jurisprudência analítica).

A última constatação se vincula a observação de que os juristas e os teóricos do direito parecem ainda estar à procura da maneira mais adequada de se conceituar a “ratio decidendi”, mesmo após séculos de investigação. E porque seria assim? Chiassoni menciona que, provavelmente, isso se deve aos “esforços” para tornar o pensamento turvo, aliado à políticas judiciais, ideologia jurídica e guerra metodológica. Assim, a “invenção” da “ratio decidendi” pode ser caracterizada de pelo menos de 11 maneiras distintas, dentro dos espectros acadêmicos tanto do civil law, quanto do common law.⁶¹⁴

Por um lado, conforme Pierluigi Chiassoni, as razões de decidir são caracterizadas algumas vezes como “razões, premissas, passos logicamente necessários, argumentações suficientes ou necessárias de um precedente (como nos casos RD1 e RD3)”, que são a “concepção argumentativa da *ratio decidendi*” (*argumentative conception of the ratio decidendi*).

De outro, as razões de decidir também seriam caracterizadas como “normas, regras, princípios e regramentos (caso RD2, RD4, etc)”. Esta é a concepção normativa da razão de decidir (*normative conception of the ratio decidendi*).

Algumas vezes, a noção de razões de decidir seria definida de uma maneira que leva em conta a “presunção” da intenção do juiz que pronunciou o precedente (casos RD6, RD7 e RD9), que pode ser chamada de “intencionalista ou subjetiva”, na qual a “*ratio*” é a razão intencionada. Outras vezes, a noção de razões de decidir é definida de tal maneira a incluir a

⁶¹⁴ Constante da tradução anexa.

referência a sua posição sistêmica (casos RD8 e RD11). Neste sentido, nos importa trabalhar com as categorizações de Pierluigi Chiassoni, com vistas permitir uma análise crítica no próximo item.

4. ANÁLISE DECISÓRIA

***Ementa:** Neste quarto e último capítulo, será realizada análise decisória através da utilização da MAD – Metodologia de Análise da Decisão, aliado ao transitar de olhos permanente da filosofia analítica do precedente para a classificação funcional da *ratio decidendi* de Pierluigi Chiassoni, para que analisemos como o Supremo Tribunal Federal atou em termos de respeito ao precedente, e a manutenção da autoridade de suas decisões, especificamente sobre reclamação constitucional que buscava a autoridade da decisão proferida na ADPF que julgou inconstitucional a Lei de Imprensa.*

Tendo realizado uma abordagem prévia sobre a questão dos precedentes, e sua dimensão conceitual, bem como sobre o pensamento de Pierluigi Chiassoni⁶¹⁵, especificamente sobre suas perspectivas sobre a *ratio decidendi*, temos estabelecidas as bases conceituais para realizar uma abordagem sobre o Supremo Tribunal Federal, no caso em que ele se deparou com um precedente (ADPF 130) e optou (por maioria de votos), em não reconhecer aplicável ao caso sub análise. Neste contexto, iremos trabalhar esta dinâmica judicial no presente capítulo, utilizando o instrumental de que nos beneficiamos com os constructos anteriores, mas torna-se necessária uma articulação que permita trabalhar racionalmente com as decisões.

Optamos pela utilização da MAD – Metodologia de Análise das Decisões⁶¹⁶, desenvolvida por Roberto Freitas e Thalita Moraes Lima, alternadamente com a articulação da filosofia analítica de Pierluigi Chiassoni com vistas a: **1)** perceber a tipologia de racionalidade decisória do STF (ainda que por amostragem, em modo qualitativo); **2)** diagnosticar o agir decisório do Supremo Tribunal Federal, a partir do quanto já pesquisado (modelo deliberatório, valor do precedente, modelo de *ratio decidendi*, etc), apontando problemas práticos e eventualmente sugestões decorrentes da pesquisa e das reflexões.

⁶¹⁵ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent, p. 13-33.

⁶¹⁶ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. **Univ. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

São análises contingenciais, quedadas a reflexão crítica de maneira a postular não apenas o aperfeiçoamento das práticas decisórias, mas sobretudo para que estejamos cientes de que a filosofia analítica tem muito a contribuir para nossas instituições. Os autores selecionados, igualmente, possuem uma grande contribuição para a atividade de pesquisa, e são manejados como formas de acesso a uma perspectiva que de outra maneira seria mais obscura e dificultosa.

4.1 A MAD – Metodologia de Análise da Decisão

Previamente, torna-se importante ressaltar a distinção que os autores mencionam sobre a Metodologia de Análise das Decisões – (doravante, apenas MAD), de que ela difere do Estudo de Caso e da Análise da Jurisprudência, e embora possuam elementos convergentes, há uma distinção principal: “ela se difere em relação aos procedimentos, aos objetivos e ao instrumento teórico utilizado em um de seus passos”. Trata-se de uma forma, de uma maneira de se apreciar as decisões judiciais, ou como mencionam os autores: um caminho para se fazer algo, para se atingir uma determinada finalidade.⁶¹⁷

Também é importante recordar o fato de que a palavra “metodologia”, presente na nomenclatura do MAD, é polissêmica, aparecendo pelo menos de 4 maneiras distintas:

1. Processos lógicos e quase-lógicos mentais próprios à teoria do conhecimento;⁶¹⁸
2. Forma controlada, segundo certos procedimentos, de produção de decisões;⁶¹⁹
3. Procedimentos voltados à produção de trabalhos jurídicos “científicos”⁶²⁰; e

⁶¹⁷ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 2-3.

⁶¹⁸ Sobre este primeiro aspecto, observam os autores: “No primeiro sentido, a palavra “metodologia” é utilizada como sinônimo dos métodos de conhecimento, a saber: dedução, indução, analogia e intuição. Embora esses sejam sabidamente instrumentos gerais para toda ação em que se dá o conhecer, há quem os indique como sendo próprios da “ciência do direito”. Miguel Reale (2002), por exemplo, diz que o direito se caracteriza pelo pluralismo metodológico, o que significa dizer que tanto a indução como a dedução seriam próprias à metodologia jurídica. Além disso, inclui o método dedutivo entre eles, já que “o processo analógico está como que a meio caminho entre a indução e a dedução, desempenhando função relevante no Direito, quando a lei é omissa e não se pode deixar de dar ao caso uma solução jurídica adequada”. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 4.

⁶¹⁹ Sobre o segundo ponto, referem os autores: “A segunda acepção da palavra “metodologia” diz respeito à hermenêutica jurídica, ou à teoria da decisão. Karl Larenz, em sua “Metodologia da Ciência do Direito”, pretende apresentar uma forma adequada de proceder, tendo em vista os juízos”. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 4.

⁶²⁰ A seu turno, quanto ao terceiro, mencionam que: “temos uma terceira acepção da palavra “metodologia”, qual seja, a de procedimentos formais adequados à realização de um trabalho acadêmico. Nessa linha, estão os inúmeros livros instrumentais voltados para a confecção de uma monografia, de um trabalho de conclusão de curso, de uma dissertação de mestrado ou de uma tese de doutorado. Dois, por todos, são exemplares, os da autoria de Umberto Eco, Como fazer

4. Forma de identificar e constituir o objeto do direito.⁶²¹

A propósito, a MAD busca permitir a “formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis”⁶²², ligado aos três verbos a seguir: organizar⁶²³, verificar⁶²⁴ e produzir⁶²⁵, no contexto das ciências sociais aplicadas, como o Direito, em uma perspectiva na qual se observa que a MAD labora a partir de dois conceitos fundamentais presentes no autor Neil MacCormick, pertencente ao “Bielefelder Kreis”, e sobre o qual Pierluigi Chiassoni⁶²⁶ também trabalha, embora de perspectiva diversa, e num outro marco temporal.

Tais conceitos fundamentais, referidos na nota de rodapé n. 11, e que precisa ser vivificada, radicadas em Neil MacCormick, são: “consistência” e “coerência”, na perspectiva de que:

A análise dos argumentos a partir da coerência e da consistência é ainda mais reveladora. O argumento da consistência requer de nós que não toleremos a presença de duas regras que se controvertam mutuamente em um sistema jurídico. (Tradução Livre).⁶²⁷

uma tese (ano), e de Antonio Joaquim Severino, Metodologia do trabalho científico (ano). Ambos são manuais que indicam como devem ser realizados os trabalhos acadêmicos nos diferentes níveis da formação do profissional e, portanto, indicam passo a passo o que fazer e como fazer para que o trabalho fique adequado formalmente e em termos de expectativa de qualidade no campo do conhecimento em que se insere”. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 5.

⁶²¹ Por fim, quanto à quarta acepção, observam os autores: “Um último e, a nosso ver, mais complexo sentido em que aparece o termo “metodologia”, na teoria jurídica, é de constituição do objeto com o qual se trabalha, sobre o qual se identificará um problema, constituir-se-á uma hipótese pertinente e, por fim, será construído um argumento. Nesse sentido, dois textos são representativos: o primeiro é de autoria de José Reinaldo de Lima Lopes, intitulado Regla y Compás, o metodologia para um trabajo jurídico sensato. O outro é: Não fale do Código de Hamurábi!, de Luciano Oliveira”. Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 6.

⁶²² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 6.

⁶²³ Neste sentido: “**Organizar** informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto” (Sem destaques no original). Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 7.

⁶²⁴ Neste sentido: “**Verificar** a coerência decisória no contexto determinado previamente” (Sem destaques no original). Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 7.

⁶²⁵ Neste sentido: “**Produzir** uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos” (Sem destaques no original). Cfr. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 7.

⁶²⁶ Pierluigi Chiassoni menciona que o “Bielefelder Kreis”, do qual Neil MacCormick fez parte, produziu o mais sofisticado exemplo de redes de conceitos e distinções sobre o fenômeno da relevância prática dos precedentes, melhorando nossa compreensão sobre eles. Ele cita especificamente o famoso *Appendix* constante do livro organizado por Robert Summers e Neil MacCormick (**Interpreting precedentes**). Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. **The Philosophy of Precedent**, p. 27.

⁶²⁷ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon, 2003. p. 151-152.

Feitas estas considerações, observe-se que a MAD – conforme explicitado por seus autores, se realiza “em três momentos” e fornece “dois produtos”. O primeiro deles, é a pesquisa explanatória, em que o pesquisador deve:

Se familiarizar com o campo de discussões no qual se insere um problema jurídico dado. Indica-se que o pesquisador eleja uma bibliografia básica relevante que espelhe idealmente o conjunto dos autores que perfazem a matriz paradigmática do tema. A leitura exploratória permitirá ao pesquisador identificar os elementos narrativos textuais em torno do tema, os dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico e os conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre os quais há mais disputa.⁶²⁸

Com efeito, realizamos a exploração nos capítulos prévios, além de termos realizado a tradução do artigo específico de Pierluigi Chiassoni, alocado ao final, como anexo desta dissertação. O segundo momento, a seu turno, é destinado ao que se denomina de “o recorte objetivo”, em que se realiza a identificação de uma “questão-problema jurídica relevante”, para uma consequente “seleção conceitual do campo discursivo no qual se encontra seu problema”.⁶²⁹

Neste sentido, pode-se realizar – segundo exemplo hipotético dos autores, a oposição entre dois princípios, ou entre duas teorias, ou investigar a aplicação de um conceito ou instituto jurídico. Em seguida, não necessariamente de maneira cronológica, procede-se a um “recorte institucional”, referente a seleção do órgão ou agente decisório que será pesquisado, tendo por justificativa a dupla: relevância temática e relevância decisória.⁶³⁰

Para esta pesquisa, escolheu-se o (plenário do) Supremo Tribunal Federal como agente decisório, dentro da perspectiva em que a relevância temática relacionada é de duas ordens: a) a racionalidade decisória, e b) a liberdade de expressão dentro da dinâmica em que um caso foi inicialmente julgado (ADPF 130) e quando o tribunal se deparou com alegação de afronta da autoridade de sua decisão por meio de decisão posterior através de ajuizamento de Reclamação, houve desacordo entre os julgadores sobre o que, ou qual teria sido a dimensão e o significado da primeira decisão.

Não obstante haja ressalva sobre a não exclusividade da utilização da MAD para a análise de uma única decisão, em face da metodologia ser indicada para a investigação de mais de uma decisão, observamos desde logo que esta é justamente a escolha desta pesquisa, que trabalhará a partir de uma dinâmica que envolve, sequencialmente, uma decisão do STF, uma decisão de Tribunal de Justiça que teria supostamente violado a autoridade desta

⁶²⁸ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 6.

⁶²⁹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 8.

⁶³⁰ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 10-12.

decisão, e o julgamento pelo STF de uma reclamação referente a alegada violação, ou seja, buscaremos “organizar informações relativas a decisões”, “verificar a coerência decisória no contexto determinado” e “produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório”⁶³¹, através da:

Verificação de como os decisores estão a utilizar os conceitos, valores, institutos e princípios presentes nas narrativas decisórias. Para isso, é necessário que o pesquisador, a partir da leitura seletiva das decisões, verifique a ocorrência de elementos narrativos com os quais os decisores constroem seus argumentos. Por exemplo, em uma discussão envolvendo a intervenção do Judiciário na política pública de saúde, pode estar aparecendo a referência aos conceitos de “reserva do possível” e “mínimo existencial”. Nesse nível, o que se obtém é um banco de dados mais sofisticado contendo decisões selecionadas a partir do estabelecimento de critérios justificados de relevância, conforme acima se viu, ou seja, um banco de dados organizado contendo informações sobre um determinado tipo de decisão e uma interpretação sobre esses dados dentro de um recorte metodológico previamente escolhido pelo pesquisador.

Esta prática será realizada em item próprio, no qual selecionamos trechos e manifestações dos julgadores, de forma a reconstruir a busca pelo sentido da construção discursiva, especialmente na dinâmica estabelecida entre decisão, precedente, *ratio decidendi*, violação e (não) reconhecimento desta violação, seguido de uma reflexão crítica sobre a prática decisória.

Os autores da MAD sugerem a utilização do autor Richard Hare, como forma de trabalho em termos de “parametrização de sentido linguístico das palavras”, dentro da teoria da linguagem, mas optamos por utilizar a filosofia analítica de Pierluigi Chiassoni, por sua aproximação específica em termos da filosofia do precedente e classificação analítica do agir decisório, sobretudo suas especificações distintivas e funcionais sobre a “*ratio decidendi*” e os modelos ideias de relevância do valor do precedente, e graus de sobreposição de múltiplas *rationes decidendi*. Feitas estas reflexões prévias, passemos para a análise específica.

4.2 O Caso Concreto e seus Desdobramentos Judiciais

As observações fáticas dizem respeito ao que foi noticiado na imprensa, e também sobre o reconhecimento dos fatos pelas decisões judiciais. Tal descrição fática ocorre pela necessidade de contextualizar adequadamente todos os elementos que serão analisados, uma vez que a filosofia do precedente, a relevância prática e as *rationes decidendi* possuem ligações *de facto* e *de iure*. Busca-se, com isso, uma reconstrução racional não apenas em

⁶³¹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 7.

termos de análise da decisão, mas também em relação a própria pesquisa acadêmica, em si mesma considerada.

No dia 18 de dezembro de 2009 Fernando Sarney encaminha uma carta endereçada ao presidente da ANJ - Associação Nacional de Jornais (ANJ), com o teor abaixo reproduzido a partir de sua publicação na íntegra no Estadão:

Em respeito à ANJ, da qual o Jornal O Estado do Maranhão, que dirijo há mais de três décadas, é associado, quero comunicar-lhe decisão que acabo de tomar em relação ao litígio que mantenho, na esfera da Justiça, em defesa dos meus direitos de cidadão, com o jornal O Estado de S. Paulo.

Como é de amplo conhecimento público, houve vazamento criminoso do teor de investigações da Polícia Federal, das quais sou alvo em razão de um empréstimo que tomei, registrado em cartório e já resgatado por mim, e pelo qual fui grampeado por mais de oito meses. Orientado por meus advogados, recorri à Justiça em defesa dos meus direitos pessoais, quais sejam, minha privacidade, minha imagem e minha honra, que estavam sendo flagrantemente violados pelo Jornal O Estado de São Paulo, ao divulgar diálogos protegidos por sigilo processual - o que constitui crime.

Meditei bastante antes de tomar a decisão. Entendi que não existem direitos absolutos. Eu não poderia considerar que a contrariedade ao que está dito na lei, a afronta ao que é determinado por um juiz federal, seria algo ao alcance de um veículo de comunicação. Agi, creio sinceramente, como era meu dever de cidadão.

Contei com a resistência de um adversário combativo. No processo e fora dele. Os julgadores acolheram a tese que defendi nos tribunais. E, afinal, com meu oponente batendo às portas do Supremo Tribunal Federal, encontrei o reconhecimento de meu direito.

É certo que a decisão da Suprema Corte animou-me a perseverar no combate. Mas, entendo que é hora de guardar as armas e deixar que a sociedade tome conta de um tema que lhe pertence. Os dados que dizem respeito ao procedimento que corre em segredo de justiça já foram tornados públicos, em grande medida. Coube, até agora, a mim, e a ninguém mais, defender o que reputo ser um direito de toda a sociedade: o de que uma decisão judicial seja respeitada, o de que a lei tenha serventia.

A inércia dos que deveriam lutar por que fosse tal direito protegido não poderia, nem pode, onerar-me isoladamente. Por isso, orientei os meus advogados a desistirem da ação que movo contra o Estado de São Paulo.

Não estou, com tal providência, renunciando a direito algum. Não quero, porém, hastear, sozinho, uma bandeira que cabe à sociedade empunhar: a

defesa de decisões judiciais válidas e amparadas na legislação. Declino da prerrogativa, que me foi assegurada pelo Supremo Tribunal Federal, de continuar com a ação contra O Estado de São Paulo.

Assim como um jornalista preza o sigilo da fonte, entendo que devem ser prezados, em nome do interesse público, os dados coletados em uma investigação policial em segredo de justiça. Enquanto a lei assim o disser, enquanto este for o entendimento dos juízes, assim também acreditarem que seja esse o comportamento concreto. Não continuarei a promover, solitariamente, esse combate de teses.

Estou dando por encerrada essa batalha. Lutei por direitos fundamentais que a Constituição me assegura. Agi só, contra uma avalanche de incompreensões e aleivosias. Se não contei com apoios, revigoraram-me, sempre, a altivez e a independência da Justiça de meu País, coroadas pela irrepreensível decisão do Supremo Tribunal Federal.

Desisto da ação. Não dos meus direitos.

Faço questão de comunicar tudo isso a Vossa Senhoria que, na leal defesa dos pontos de vista dos associados desta instituição, jamais se negou ao diálogo. Tributo muito desta minha decisão à sobriedade com que fui tratado pela Associação, mesmo quando sabia que o seu entendimento era contrário ao que eu tinha.

Terminava assim a proibição que impedia um jornal brasileiro de noticiar fatos. Não nos interessa, amiúde, o comezinho e as miudezas sobre o fato em si, mas a dinâmica judicial que permeou o caso. Se bem percebermos as linhas e as entrelinhas desta carta, a expressão “Supremo Tribunal Federal” aparece mencionada quatro vezes, e sempre em tom elogioso pela decisão que a Corte Suprema lhe entregou.

Ele estava a se referir, evidentemente, à Reclamação nº 9428, que foi ajuizada pelo jornal o Estado de São Paulo contra uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que impedia o jornal de noticiar determinados fatos relativos à pessoa do missivista Fernando Sarney. Esta dinâmica processual que nos interessa mais detidamente, e que será analisada no item subsequente, possui uma história que será brevemente recapitulada, em termos de reminiscências fáticas.

O Estadão criou, a partir da proibição judicial, um “hot-site” intitulado “Sob Censura”, no qual repercutiu a opinião crítica de inúmeras personalidades da sociedade, entre elas o então presidente da OAB Cezar Britto, o então Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público José Carlos Cosenzo, o ministro Marco Aurélio Mello, do STF, além de representantes da AMB – Associação dos Magistrados do Brasil, da FNJ –

Federação Nacional dos Jornalistas, do jurista Luiz Flávio Gomes, do Filósofo José Arthur Giannotti, da Socióloga Alzira de Abreu, entre muitos outros.⁶³²

O caso concreto é relativamente singelo do ponto de vista da descrição dos acontecimentos. O site Consultor Jurídico, um entre tantos veículos de comunicação a divulgar os fatos, o fez da forma abaixo repetida:

Fernando Sarney foi indiciado no dia 15 de julho deste ano por formação de quadrilha, gestão de instituição financeira irregular, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica. Ele nega as acusações.

Em 31 de julho, o empresário conseguiu liminar do desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal para impedir a publicação das gravações. O jornal tentou reverter a decisão. Embora tenha reconhecido que não era competência do TJ do Distrito Federal processar a ação, a liminar foi mantida.

Publicado acórdão da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Imprensa, o jornal entrou com reclamação direta no STF contra a decisão que o impediu de divulgar as conversas interceptadas no bojo da operação e mantidas em segredo de Justiça. No entanto, como a decisão que manteve a censura não foi baseada na Lei de Imprensa, a maioria dos ministros entendeu que não poderia analisar a Reclamação apresentada pelo jornal e extinguiu a ação sem resolução do mérito.⁶³³

Observa-se que a dinâmica judicial gira em torno de um fato (problema da publicação de dados alegadamente sigilosos oriundos de investigação policial em relação intimidade de cidadão investigado) e um problema jurídico (a possibilidade ou não das publicações a partir da Constituição Federal e de prévia decisão do STF em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade).

É interessante observar, como fez Elio Gaspari⁶³⁴, que entre a publicação do acórdão da ADPF 130 e o julgamento da Reclamação do estadão passaram-se 35 dias. Em texto crítico sobre a “ementa” da ADPF e o fato de ela supostamente não refletir a opinião da Corte Suprema, acaba por sugerir o que André Rufino do Valle, cuja tese de doutoramento,⁶³⁵ orientada por Manuel Atienza e Cláudia Rosane Roesler, aborda a deliberação dos Tribunais

⁶³² O Site, criado em 2009 pelo jornal O Estado de São Paulo ainda está disponível em: <<http://www.estadao.com.br/censura/>>, acesso em 23.11.2015.

⁶³³ Liberdade de Imprensa: Filho de Sarney desiste de ação contra Estadão. *Conjur* de 18 de dezembro de 2009, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-18/filho-sarney-desiste-acao-liminar-censurava-estadao>>, acesso em 23.11.2015.

⁶³⁴ GASPARI, Elio. **A censura chegou ao próprio STF**. Folha de S. Paulo, 16 de dezembro de 2009.

⁶³⁵ RUFINO DO VALE, André. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. 420f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de pós-Graduação em Direito da UnB - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Constitucionais, escreveria algum tempo mais tarde, no sentido de que, precisamente neste caso, o formato do acórdão do STF (*seriatim decisions*) impediria a formação de uma cultura de precedentes no país⁶³⁶, sugerindo, ainda, a necessidade de deliberações prévias para evitar multiplicidade de fundamentação nos votos⁶³⁷, além de uma mudança na forma de deliberação *seriatim*.⁶³⁸

Pois bem, exatamente uma controvérsia sobre o que representaria *ratio decidendi* e o que representaria *obiter dictum* no acórdão paradigma, referente a Lei de Imprensa (ADPF 130) dividiu o Tribunal Supremo na Reclamação 9428. Examinemos nos itens subsequentes os casos da ADPF 130 e da referida Reclamação, com vistas a identificar os elementos específicos de decisão, para uma abordagem crítica com relação ao caso sub exame, tendo em vista – ainda, a percepção de Pierluigi Chiassoni sobre a filosofia do precedente e sobre as *rationes decidendis*.

4.3 As Decisões: Reclamação 9428 e ADPF 130

Cidadão investigado pela polícia (tratemos assim, com a nomenclatura impessoal, embora anteriormente tenha sido mencionado o nome exatamente porque ele mesmo tornou públicos os fatos em carta dirigida à Associação dos Jornalistas), ajuizou ação judicial perante a 12ª Vara Cível de Brasília⁶³⁹ contra o jornal O Estado de São Paulo, tendo sido indeferida a pretensão de que fosse impedida a publicação de matéria jornalística referente a dados inerentes a investigação policial.

Contra tal decisão, interpôs Agravo de Instrumento, distribuído perante a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁶⁴⁰, tendo obtido liminar⁶⁴¹ que impedisse a dita publicação de fatos por parte do jornal. Não se conformando com uma tal decisão, o jornal O Estado de São Paulo ingressou com uma Reclamação no STF, alegando

⁶³⁶ RUFINO DO VALE, André. **Observatório Constitucional: Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes**. Conjur de 1 de agosto de 2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>>, acesso em 23.11.2015..

⁶³⁷ RUFINO DO VALE, André. **Entrevista: Mudança de Modelo “Supremo Tribunal Federal deveria voltar a ter discussões prévias”**. Conjur de 13 de setembro de 2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-13/entrevista-andre-rufino-vale-doutor-direito-procurador-federal>>, acesso em 23.11.2015.

⁶³⁸ RUFINO DO VALE, André. **Observatório Constitucional: É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Conjur de 1 de fevereiro de 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>, acesso em 23.11.2015.

⁶³⁹ Na origem, processo distribuído perante a 12ª Vara de Brasília em 24/07/2009, sob o número 2009.01.1.113988-3.

⁶⁴⁰ Distribuído perante a 5ª Turma Cível do TJDF, o Agravo de Instrumento nº 20090020107386AGI.

⁶⁴¹ A concessão da liminar impeditiva das notícias foi concedida pelo Desembargador Dácio Vieira, que foi alvo de manifestações da imprensa logo que a liminar foi deferida, por supostamente manter relações de proximidade com a família da parte requerente, conforme notícia do Estadão com a chamada: “**Juiz que determinou censura é próximo de Sarney e Agaciel**”. Estadão de 31 de julho de 2009. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-que-determinou-censura-e-proximo-de-sarney-e-agaciel,411757>>, acesso em 23.11.2015.

que a referida liminar violava a autoridade da decisão do Supremo no caso da ADPF 130. Eis uma breve narrativa inicial sobre os fatos que serão desdobrados, e neste particular, analisados.

Nos importa inicialmente desdobrar as argumentações judiciais do Estadão, articuladas na Reclamação, e obtidas através do exame de sua petição inicial, com vistas a perceber as expectativas nutridas pelo postulante. Sequencialmente, através da utilização da MAD, realizaremos abordagem da ADPF 130 e da Reclamação 9420.

Por não possuir relação direta com a presente análise, deixa-se de fazer alguma incursão acerca da primeira Exceção de Suspeição nº 2009.00.2.011028-8 (não acolhida) e da segunda Exceção de Suspeição nº 2009.00.2.011681-8 (esta, sim acolhida, para afastar o relator originário da condução do recurso), ajuizada na origem (TJDFT), contra o Desembargador concedente da liminar.

Assim sendo, tratando-se da petição inicial da Reclamação n. 9428, perante o STF, observa-se que ela foi escrita em 17 laudas, inconformadas com a proibição da publicação dos fatos, bem como contra a multa arbitrada em 150 mil reais por cada ato concreto de desrespeito da decisão, buscando amparo expreso na anterior decisão da ADPF 130, na perspectiva da liberdade de expressão e de imprensa lá analisados.

Alegou o Estadão não apenas violação à Constituição Federal, e a anterior decisão acima mencionada, mas também aportou argumento lateral, embora interessante, de que outros meios e veículos haviam publicado, às largas, os mesmos conteúdos: cita expressamente o livro “Honoráveis Bandidos”, do jornalista Palmério Dória, como também menciona que outro jornal, Folha de São Paulo, também estaria a publicar os mesmos conteúdos, manejando este argumento para afastar uma alegada inconsistência referente ao uso do poder geral de cautela, de “fundado receio” para “evitar danos graves ou de difícil reparação”.

Acreditando na sua leitura do acórdão da ADPF 130, observou o Estadão que poderia ser responsabilizado sempre após a publicação, e nunca, jamais, antes dela. Pautando-se no que acreditou ser “liberdade de informar” e de “criticar”, estabelecidos, segundo sua leitura do acórdão da ADPF 130, entendeu que a decisão do TJDFT configuraria “censura judicial”, e que, portanto, deveria ser revertida a decisão reclamada por afronta a autoridade da decisão da Suprema Corte.

Neste particular, imperioso que se realize um recorte institucional, com vistas a realizar uma abordagem inicial da ADPF 130, de maneira a separar os dados argumentativos inerentes a sua configuração, em termos de discurso judicial na plataforma da MAD, para que posteriormente realizemos o mesmo exercício com a referida Reclamação n. 9428, permitindo uma posterior reconstrução crítica e manejo articulado das abordagens pretendidas.

4.3.1 Análise da ADPF 130

Para a finalidade da presente abordagem, nos termos da MAD, não iremos repetir exaustivamente os argumentos, mas iremos separar os dados linguísticos manejados pelos juízes, de forma a ressaltar qual teria sido a perspectiva expressamente adotada, de modo a permitir a produção de “uma tipologia da retórica de justificação decisória e identificar modos de fundamentação como decisões baseadas em argumentos preponderantemente dogmáticos ou axiológicos ou ainda consequencialistas”.⁶⁴²

Inicia-se contextualizando a dinâmica judicial. O PDT – Partido Democrático Brasileiro, ajuizou perante o STF uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de Medida Cautela, pedindo a declaração de inconstitucionalidade de determinados artigos da Lei de Imprensa (Lei Federal n. 5250/67), pois não teriam sido por ela recepcionados, e outros careciam de interpretação conforme à Constituição.

Houve o deferimento da Medida Liminar, devidamente referendada pelo plenário do Supremo, em acórdão de 107 laudas. O voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, reconhece de saída vinculação do caso com o “princípio democrático”, afirmando-se que a “democracia é o princípio dos princípios”. Esta é a estaca inicial de toda a construção argumentativa por parte do relator, em termos de concessão liminar, com o reconhecimento da Democracia como “princípio de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica”, ou ainda: “geminados valores constitucionais da Democracia e da liberdade de imprensa”.

Estão presentes, desde a Medida Cautelar, no voto do ministro relator, referências a inconstitucionalidade de norma que viole a “liberdade de informação jornalística e vedação a censura” (p. 8 do acórdão da MC). O posicionamento, portanto, foi o de suspender liminarmente os dispositivos questionados, por afronta à Constituição.

O próximo ministro a votar foi Carlos Alberto Menezes Direito, que também reconhece expressamente o caso atrelado ao “âmago da prática democrática. A premissa de sua manifestação judicial foi a de que “a liberdade de manifestação do pensamento e a livre circulação das ideias estão vinculadas ao existir histórico das sociedades desenvolvidas” (p. 20 do acórdão), e ampliando a manifestação do ministro Ayres Britto, suspendeu não apenas os dispositivos questionados, mas a totalidade da Lei impugnada, forte na premissa de que “o preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias” (p. 24 do acórdão).

O ministro Gilmar Mendes foi o próximo a se manifestar, no que se refere a esta análise da Medida Cautelar, e sua manifestação inicial se voltou para a preocupação com o que representaria a ampliação da decisão proposta, especialmente sobre o destino do “direito

⁶⁴² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. p. 15.

de resposta”, secundado pelas preocupações também externadas pelos ministros Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski, que não estavam propensos a acompanhar a suspensão integral da legislação questionada. Após denso debate sobre as consequências de uma suspensão de toda a Lei de Imprensa, o ministro Eros Grau também firma suas premissas na democracia para dizer uma incompatibilidade entre a referida lei: “há incompatibilidade entre qualquer lei de imprensa e a democracia. Essa Lei faz parte do chamado entulho autoritário” (p. 83 do acórdão).

O ministro Gilmar Mendes, após reconhecer possibilidade de reserva legal em termos da lei de imprensa, desde que não fira “núcleo essencial” da liberdade de imprensa e de expressão, acompanhou o voto do ministro Carlos Ayres Britto, sem fazer ressalvas as suas premissas democráticas (p. 87 do acórdão). A seu turno o ministro Marco Aurélio, postando argumentos no sentido de que não seria adequada a suspensão de toda a lei, e de todos os processos em tramitação sobre o tema, pois em sua leitura acarretaria violação ao acesso à jurisdição, votou contrariamente à maioria, e, portanto, indeferindo a medida Cautelar e não a referendando (p. 92 do acórdão).

Também baseando suas premissas na ordem democrática, o ministro Celso de Mello obtemperou que “quando se trata de promover a repressão penal à crítica jornalística, o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social”, para acompanhar o ministro relator (p. 100 do acórdão). A seu turno, a ministra Ellen Gracie acompanhou o ministro Carlos Ayres Britto, sem apostar ressalvas às suas premissas (p. 112 do acórdão).

Passados alguns meses após o julgamento da Medida Cautelar, realiza-se o julgamento do mérito. Essencialmente, trata-se do mesmo núcleo de discussão, e da tipologia das preocupações. Vale dizer, em 27.02.2008 julgou-se a Cautelar, e em 30.04.2009 o mérito foi apreciado. O acórdão meritório possui 334 laudas, com fundamentos agregados em mais extensas fundamentações. Apenas a ementa possui 12 itens e 11 páginas, neste que é considerado o maior julgamento da história do Supremo.⁶⁴³

Agregam-se, ao lado das premissas da democracia geminada à liberdade de imprensa, a força e a importância da opinião pública. No que ora importa ressaltar, a palavra “censura é utilizada 48 vezes no acórdão”, e no voto do relator há de ser destacada a frase seguinte: “A imprensa, então, cabalmente imunizada contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton em 1644” (p. 34 do acórdão), acompanhado pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito, para quem a Constituição não admite nenhum “tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de

⁶⁴³ Essa é a afirmação do ministro Carlos Ayres Britto.

informação jornalística” (p. 93), além do ministro Celso de Mello, recordando a “Declaração de Chapultepec” a vedar “a censura prévia” (p. 146 do acórdão).

Em assumo, no julgamento de mérito a larga maioria dos ministros acompanhou o ministro relator, Carlos Ayres Britto, sem que se fizessem ressalvas as premissas democráticas e relativas a censura prévia proibida. Neste sentido, temos que a *ratio decidendi* do referido acórdão da ADPF 130 foi baseado na premissa de que a liberdade de imprensa de expressão é um irmão gêmeo e tão importante quanto a democracia no núcleo principiológico da Constituição, e erigido em termos de princípio normativo e como premissa normativa base que veda qualquer tipo de censura prévia, vale dizer, que se vede a circulação de ideias.

Entretanto, é importante observar que o formato do acórdão, de fato, prejudica uma identificação satisfatória sobre a questão, obrigado o leitor a fazer por si mesmo a agregação das razões apontadas, com vistas a identificar o que realmente a corte quis dizer, o que causou, na sequência, problemas interpretativos. Passemos, a propósito, a analisar o caso da Reclamação nº 9428 em que tais premissas foram invocadas, confrontando o seu resultado.

4.3.2 Análise da Reclamação 9428

Conforme já ressaltado, o caso desta Reclamação 9428 envolve pretensão de não publicação de matéria jornalística, determinada judicialmente, muito embora o juiz de primeiro grau do TJDFT tenha negado tal pretensão. A dinâmica processual já foi recordada, razão pela qual iremos neste tópico realizar apenas a coleta de dados argumentativos, para permitir uma subsequente análise crítica, tendo por base tudo quanto fora previamente mencionado.

O jornal Estado de São Paulo buscou o Supremo Tribunal Federal para tentar fazer valer a autoridade do quanto decidido na ADPF 130, em razão de ter sido impedido de publicar informações jornalísticas sobre pessoa importante e conhecida na república. Entendeu que no caso haveria indevida e inconstitucional “censura judicial”.

Realizando uma incursão pelo acórdão da Reclamação 9428, inicialmente observamos que ele possui 112 laudas, e em seu interior foi travada talvez uma das maiores discussões da história do Supremo, em termos de reflexão sobre sua história, sua dinâmica processual e decisória, além de permitir muitas incursões acadêmicas sobre a relevância que atribui ao sistema de precedentes, a sobre a questão de seu funcionamento enquanto Corte colegiada e modelo de acórdão, sem mencionar as possibilidades de percepção filosófica de sua *ratio decidendi*.

Há uma muito rica doutrina e produção acadêmica sobre a Reclamação Constitucional, e por não ser o objeto central desta análise, nos basta neste patamar

reconhecer sua ligação constitucional, e modelo funcional, para uma percepção relativamente simplista, e não nos propomos mais do que isso, eis que se fossemos realizar um esgotamento sobre a temática da Reclamação, seria necessário, talvez, um ou dois trabalhos monográficos e dissertativos sobre o tema.

Em uma perspectiva Constitucional, observe-se que a CF/88 menciona a expressão “Reclamação” em apenas três oportunidades. Primeiro no art. 102, I, ‘I’, competência originária do STF para processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Depois, em segundo lugar, no art. 103-A, § 3º, referente a reclamação contra o desrespeito à Súmula Vinculante, e em terceiro lugar, quando menciona o art. 105, I, ‘f’, relativo a competência originária do STF para processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

Para fazer uma extração do próprio Supremo sobre sua percepção acerca da Reclamação, incontornável seria a já conhecida expressão do ministro Celso de Mello, que apanha suas várias acepções ou naturezas (ação, remédio incomum, incidente processual, medida de direito processual constitucional, medida processual de caráter excepcional) e os vários autores clássicos que dele trataram (Pontes de Miranda, Moacyr Amaral Santos, Orosimbo Nonato, Moniz de Aragão, Frederico Marques, Djaci Falcão), para firmar sua crença de que se tem por Reclamação um “instrumento de extração constitucional destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal” (p. 73 do acórdão).

Por todos, entretanto, a recente dissertação de mestrado de Carlos Eduardo Rangel Xavier, orientada pelo prof. Elton Venture, na Universidade Federal do Paraná, para quem a “reclamação, em absoluto, se afigura como instrumento indispensável ao reconhecimento da força obrigatória dos precedentes”.⁶⁴⁴ Neste sentido, e tendo em vista questões de ordem prática, passemos a analisar os argumentos da referida Reclamação 9428.

Relatada a Reclamação 9428 pelo ministro Cezar Peluso, este observou não encontrar, “no teor da decisão impugnada, desacato algum à autoridade do acórdão exarado na ADPF 130, assim contra seu comando decisório (*iudicium*), como em relação aos seus fundamentos ou, como se diz, aos seus motivos determinantes (*rationes decidendi*)” (p. 9 do acórdão). Disse mais. Citando as várias espécies esparsas e distintas dos variados votos proferidos, observou que seria patente que o acórdão da ADPF 130 não permitiria a inferência (nem a título de motivo determinante), de uma “posição vigorosa e unívoca da Corte que implique, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de

⁶⁴⁴ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e Precedentes Judiciais**. 2015. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 141.

direitos da personalidade” como a honra, imagem, intimidade em “contraste teórico com a liberdade de imprensa” (p. 22 do acórdão).

Este ministro reconheceu, ainda, que não haveria afronta porque no caso invocado como paradigma (ADPF 130) cuidou-se de declarar inconstitucional a Lei de Imprensa, enquanto no caso analisado se trataria de proibição de publicação de matérias jornalísticas referentes a tema ligado a lei da interceptação telefônica. De uma maneira geral, esse argumento reflete o posicionamento que se firmou para, através da maioria formada, negar provimento a Reclamação.

Por outro lado, há o entendimento contrário, relacionado aos argumentos dos ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, entendendo que a decisão reclamada violava o quanto estabelecido no caso paradigma (ADPF 130), devendo, por este motivo, ser provida a Reclamação Constitucional.

4.3.3 Análise crítica

Repetase, uma vez mais: em razão dos votos serem longos (e sobretudo, conhecidos), nos furtamos e não repetir os argumentos ad nauseam, razão pela qual preferimos distinguir os tipos argumentativos, ressaltando desde já que esta disputa interpretativa, por si só, já seria passível de retirar o status de precedente para a ADPF 130, como referido ao longo desta pesquisa, pois um dos requisitos para que seja precedente é que não haja dúvida sobre o que se decidiu.

Por outro lado, observando as alegações dos ministros, temos que o próprio ministro Cesar Peluso se esforça argumentativamente com vistas a dizer que não houve “unidade de razões” por parte do Tribunal. Por tal motivo, aliás, já poderíamos destacar que o próprio ministro Cesar Peluso buscou enfraquecer o status de precedente da ADPF 130, mas isso seria apenas a “ponta” do iceberg.

E isto porque exceto os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Carmem Lúcia, todos os demais ministros da Corte (sem contar os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa) fizeram questão de mencionar que o julgamento da ADPF 130 foi uma coisa (constitucionalidade da lei de imprensa) e a Reclamação 9428 foi outra (relação de proteção da liberdade de imprensa e expressão específica).

A seu turno, observe-se o argumento do ministro Dias Toffoli, talvez representativo da vontade oculta dos votos vencedores da Corte: “a reclamação, se conhecida, abrirá ao STF a obrigatoriedade de analisar todas as ações sobre a temática da liberdade de imprensa em trâmite no Brasil” (p. 109 do acórdão).

Este tipo de argumento é sem dúvida de corte pragmaticista, e não se preocupa com o valor de precedente do Tribunal, preferindo optar por evitar o que considera ser um “mal maior” (aumento de atividade decisória por parte do Tribunal), eis que sob seu entendimento, haveria um estímulo ao ajuizamento de reclamações. Há ainda nesta tipologia de argumento uma preocupante parte oculta, qual seja, a de que reconhece que o papel de Corte de precedentes da Suprema Corte é enfraquecido pelo papel de revisão recursal.

Ainda se torna importante o começo de debate que travaram os ministros Celso de Mello e Eros Grau, especialmente na parte em que este último ministro menciona ter ficado “oprimido” em face da contundência e das espécies argumentativas utilizadas pelo primeiro, sendo certo que o ministro Eros Grau pediu a palavra para fazer questão de dizer que ele não era favorável a “censura” (p. 104 do acórdão).

Por parte desta última referência, observa-se que se criou um mal-estar no Tribunal pelo fato de os seus juízes não se entenderem sobre as premissas, as razões e as conclusões inerentes ao que significaria a ADPF 130. Por mais difícil que possa parecer, uma leitura franca e aberta dos votos dos ministros na referida ADPF nos dá conta de que todos – absolutamente todos os juízes ressaltaram como parte de suas premissas a a questão da censura proibida e da ligação da liberdade de imprensa com a Democracia, mas quando se depararam com um caso concreto que pedia a confirmação das premissas, por algum motivo não expresso na decisão, os juízes pareceram se estagnar.

Por este raciocínio, observamos que dentro dos 8 sistemas ideias tipo descritos por Pierluigi Chiassoni, e dentro da análise deste acórdão, verificamos que o Supremo esteve inserido em atividade decisória que atribui um peso muito fraco a força do precedente.

A seu turno, temos que nenhum dos juízes expressou, ou externalizou, a forma pela qual considera seu agir decisório, de modo que o próprio exercício classificatório se torna bastante difícil, assim como bastante difícil é coletar as razões de decidir representativas da opinião da Corte.

No entanto, repetimos abaixo a classificação de Pierluigi Chiassoni relativamente as tipologias de ratio decidendi:

(RD1) o **elemento** na opinião que representa a **premissa necessária**, ou o **passo lógico necessário**, para a decisão de um caso.

(RD2) o **princípio jurídico** que, em uma decisão judicial, é **suficiente** para decidir o caso sob análise.

(RD3) a **argumentação necessária, ou suficiente**, para decidir um caso sob análise.

(RD4) a **norma (regra, princípio)** que representa, alternativamente: **(a)** a condição **necessária e suficiente**, **(b)** a condição **suficiente, mas não**

necessária, ou mesmo, (c) qualquer condição **necessária, mas não suficiente**, da decisão do caso sob análise.

(RD5) a **norma** para os fatos da causa que, como análise textual divulgada do precedente-julgamento, o juiz que decidiu o caso **efetivamente estabeleceu e/ou seguiu, atrás** do que ela deveria ter **estabelecido** ou **pensou ter estabelecido**.

(RD6) a **norma** para os fatos do caso que o juiz que os pronunciou **expressamente declarou estabelecer e/ou seguir**, ou **tacitamente acreditou ter estabelecido ou seguido**.

(RD7) a **norma** para os fatos de um caso que o juiz **expressamente ou tacitamente tratou** como **necessários** para decidir um caso.

(RD8) a **norma** dos fatos relevantes de um caso que - de acordo com o direito existente, fatos e precedentes - o juiz que decidiu o caso **deveria ter estabelecido e/ou seguido**, em ordem a decidir **apropriadamente** o caso.

(RD9) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (J_s), o juiz prévio (J_p), que decidiu o caso, acreditou **ter estabelecido e/ou seguido**.

(RD10) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (J_s), o juiz prévio (J_p), que decidiu o caso, **efetivamente estabeleceu e/ou seguiu**, não importando o **que ela tenha pretendido significar**.

(RD11) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que os juízes subsequentes (J_{ss}) deveriam ter considerado como tendo sido estabelecidas e/ou seguidas pelo juiz prévio (J_p) no relevante precedente-julgamento.

Assim, temos que observar que não se atribuiu peso normativo à *ratio decidendi*. Antes, parece que nos dois grupos distintos, e separados (grupo dos vencedores e dos vencidos na Reclamação 9428), podemos separar o primeiro representado pelos ministros Cesar Peluso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, ao esposarem um papel argumentativo, e neste sentido, destacarem a unidade de intenção argumentativa. O segundo grupo de juízes, representados pelos ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Carmen Lúcia, esposaram uma vertente normativa das razões de decidir, acreditando que a normatividade do paradigma deveria se projetar como forma e força de precedente.

É possível ainda, neste sentido, observar que todos os ministros, exceto o ministro Marco Aurélio, esposaram entendimento de que a democracia seria a premissa ou elemento lógico necessário (e também o princípio, argumento e norma) para a decisão da ADPF 130 (RD1, RD2, RD3 e RD4). Vale dizer, entendemos haver uma mixagem de posturas,

favorecidas, talvez, pela forma de deliberação por agregação, e ausência de uma opinião representativa da autoridade da Corte que trouxesse segurança e respeitabilidade.

Observa-se, em última análise, que os próprios juízes do Tribunal não entraram em acordo sobre o que teria sido “ratio decidendi” e o que teria sido “obiter dictum”, em termos da identificação das razões de decidir, também com base na analítica de Pierluigi Chiassoni, que refere ser composto por:

- (a) sua **natureza**;
- (b) seu **modo de expressão**;
- (c) a relevância da **intenção do juiz** que os estabeleceu e/ou os aplicou (os “seguiu”) para decidir um caso;
- (d) sua **relevância objetiva** para a decisão do caso;
- (e) sua **posição sistêmica**;

Assim, entendemos que foram distintas as naturezas professadas pelos grupos de juízes, e o modo de expressão (argumentativo ou normativo), além da relevância atribuída e a posição sistêmica do que seria considerado valor precedencial. Tudo seria distinto, quer nos parecer, se de fato houvesse uma opinião da Corte, em que os juízes do Tribunal aderissem a uma manifestação, ressaltando explicitamente o tipo de ratio decidendi que seria, e também todos os pontos necessários à identificação de sua identidade, contribuindo para a aplicação posterior, afastando dúvidas e trazendo uma maior clareza e objetividade.

Com efeito, como se teve oportunidade de mencionar na primeira parte desta pesquisa, o mundo tornou a começar na Reclamação, e poderíamos mesmo falar de um “precedente adâmico”, ao menos por parte da maioria vencedora na Reclamação 9428, que se potencializa em razão de outro ponto por nós mencionado: “os problemas do precedente na era de sua reprodutibilidade técnica”, vale dizer, perdida a aura de respeitabilidade pela “obra” do STF, ele passa a ter valor de “exposição”, e com isso, traz inúmeros fatores que enfraquecem sua autoridade.

Se o mundo torna a começar, como se fosse arte expressionista, e se o órgão de cúpula do Poder Judiciário perde a aura de respeitabilidade, o resultado só pode ser a ausência de um sistema de precedentes forte e com normatividade forte, vale dizer, passamos a ter um sistema fraco e meramente argumentativo, o que não parece ser a melhor configuração para um Tribunal tão importante como o STF.

CONCLUSÕES.

Chaga-se, no presente ponto, às considerações finais conclusivas, todas elas destinadas mais a suscitar a reflexão e o debate, do que oferecer proposições fechadas e definitivas. Após uma introdução, e uma pesquisa dividida em duas partes, a primeira das quais buscou refletir sobre a própria pesquisa em sim, de maneira prévia, e a segunda parte fragmentada em três partes sequenciais e sucessórias, iniciando com a abordagem do precedente, e passando pela fotografia do pensamento de Pierluigi Chiassoni.

Perpassa-se análise decisória por meio do MAD, em busca de melhor compreender a prática decisória do Supremo Tribunal Federal, no que se refere a confrontação entre as 11 tipologias classificatórias da ratio decidendi de Pierluigi Chiassoni e a maneira pela qual a Corte decide os casos que aprecia.

Nestas Considerações finais realizamos um levantamento das principais conclusões extraídas ao longo da dissertação, de maneira a captar as luzes lançadas, e focalizar as eventuais sombras que turvaram a análise.

Em primeiro plano, observamos que os precedentes são matéria rica em possibilidades, e que existe uma muito ampla produção doutrinária sobre o tema. Observamos ainda a identidade constitucional do precedente, e a configuração do “stare decisis nativo”.

Observamos também que o CPC de 2015 não influi na solução do problema deliberatório do STF, permanecendo válidas as discussões sobre a filosofia do precedente e da tipologia da ratio decidendi de maneira analítica e a reflexão sobre a dualidade “*seriatim decisions v. per curiam decisions*”.

A seu turno, observamos ainda que a ADPF 130 decidiu importante tema, mas o modelo do acórdão prejudicou uma adequada e posterior interpretação do que efetivamente decidiu o STF. A seu turno, quando o tribunal se viu diante da Reclamação 9428, a grande questão foi exatamente a não convergência entre os juízes do Tribunal sobre o que havia sido originalmente, no paradigma, respectivamente, razões de decidir e *obiter dictum*.

A Corte, neste sentido, deveria repensar séria e profundamente seu modelo decisório, tendo em vista, não apenas a necessidade de fortalecer sua autoridade decisória, mas tornar mais claros e evitar equívocos interpretativos, de modo a evitar que o peso de precedente de suas decisões seja colocado em xeque.

O Supremo Tribunal Federal é importante demais para deixar de tomar tais providências, e esta dissertação é uma humilde tentativa de colaborar nesta discussão que não é nova, e possui muitas outras vozes numa polifonia de fato e verdadeiramente possível. Com efeito, também se mostra importante a contribuição de Pierluigi Chiassoni.

ANEXO ÚNICO: TRADUÇÃO

A FILOSOFIA DO PRECEDENTE: RECONSTRUÇÃO RACIONAL E ANÁLISE CONCEITUAL, de Pierluigi Chiassoni (Trad. Thiago Pádua).

Sumário: A. Filosofia do Precedente: Duas Variedades Básicas; B. Alguns Quebra Cabeças; 1. A Estrutura dos Precedentes; 2. As “Fundações Filosóficas” dos Precedentes; 3. A Relevância do Precedente Judicial para a Teoria do Direito; C. “*Ratio Decidendi*”, “*Obiter Dictum*”; D. Interpretando os Precedentes; 1. Interpretando a *Ratio Decidendi*: Técnicas Textuais; 2. Interpretando a *Ratio Decidendi*: Técnicas Meta-Textuais; 3. Modelos Para a Determinação da “*Ratio Decidendi*” de um Caso; E. Explicando a Relevância Prática dos Precedentes Judiciais; 1. Algumas Distinções Básicas; 2. O Círculo de Bielerfeld; 3. Oito Sistemas Ideais Típicos de Relevância Formal.

A. FILOSOFIA DO PRECEDENTE: DUAS VARIEDADES BÁSICAS

Os organizadores agradavelmente direcionaram a submissão dos *papers* sobre a “Filosofia do Precedente”, relativos: **a)** a estrutura dos precedentes jurídicos”, **b)** suas “fundações filosóficas”, **c)** sua “relevância para a teoria do direito”, **d)** sua “relevância para a prática jurídica”, e, por último, mas não menos importante, **e)** os “problemas metodológicos” com que os juízes e os juristas se deparam em ordem a “reconhecer”, “interpretar” e “seguir os precedentes”.

De maneira direta, quaisquer investigações críticas sobre os temas acima referidos, dentro da filosofia do precedente, podem ser de duas espécies diferentes.

Para iniciarmos com o que poderia ser concebido como uma “**teoria normativa**” sobre o precedente judicial: como uma peça da jurisprudência normativa, ou em um sentido mais amplo, como a velha “ciência da legislação” da filosofia iluminista. Uma filosofia do precedente deste tipo pode ser caracterizada como um “discurso”, relativo a uma ordem jurídica estabelecida ou um grupo de ordens jurídicas que pretendam fornecer, e geralmente o fazem, respostas para questões de política legal relativas a maneiras axiologicamente adequadas de **(i)** compreender os precedentes, **(ii)** definir sua relevância prática na ordem jurídica (isto é, seu *status* como fonte do direito positivo, se possuir algum), **(iii)** definir os princípios que devem integrar a doutrina dos precedentes, e, **(iv)** lidar com os precedentes a partir do ponto de vista metodológico da interpretação, para seu uso e raciocínio. A adequação axiológica de qualquer de tais teorias depende claramente, em última análise, do pano de fundo permeado por alguma visão ética: geralmente, em alguns princípios de moralidade pública, relativos às instituições jurídicas de uma sociedade bem ordenada, a qual o filósofo está comprometido.

Em segundo lugar, e por outro lado, a filosofia do precedente também pode ser concebida como uma “**teoria analítica**”: uma peça de análise conceitual, em que o elemento central está lidando com a “terminologia”, com os “conceitos”, e, em um nível meta-teórico, as “teorias” relativas ao precedente judicial como ligadas a uma determinada cultura jurídica, em ordem a obter melhores terminologias, melhores conceitos e melhores maneiras de se pensar a respeito, do ponto de vista da racionalidade e dos valores, como a clareza, a precisão, a discriminação e a justificação.

Há conexões óbvias entre os dois tipos de filosofia do precedente acima referidas. Por um lado, a filosofia normativa do precedente está condenada a falhar – ao habitar o universo retórico dos discursos obscuros, a menos que seja iluminada, e mesmo apoiada, e se necessário, curada, por um equipamento de conceitos claros e distintos, além de visões e modos de pensamento.

Por outro lado, uma filosofia analítica do precedente, para que faça seu trabalho adequadamente, necessita de plena consciência sobre o fato de que o precedente judicial é matéria de alegações, disputas e valores ideológicos.

O presente *paper* pretende delinear algumas poucas peças da filosofia do precedente a partir da disposição analítica. Tomando pontos de vista de uma análise fragmentada, explanatória, não comprometida axiologicamente, lidarei com três problemas: inicialmente, uma *definição* analiticamente adequada das noções-chaves de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*; em segundo lugar, uma *teoria* analiticamente adequada da interpretação judicial dos precedentes (de fato, uma meta-teoria explanatória, como iremos ver); em terceiro lugar, e finalmente, uma teoria analiticamente adequada da relevância prática dos precedentes judiciais.

B. ALGUNS QUEBRA-CABEÇAS

Antes de proceder adiante, entretanto, deixem-me dizer algumas palavras sobre dois assuntos relacionados aos precedentes judiciais, que foi mencionado pela lista dos organizadores, e que eu aparentemente estou descartando na minha inquirição, qual seja: “a estrutura dos precedentes” e sua “fundação filosófica”.

1. A ESTRUTURA DOS PRECEDENTES

O que é “a estrutura dos precedentes”? Tal questão, muito embora possa parecer uma coisa natural, no entanto é apta a levar a equívocos. Questões mais cautelosas vem em primeiro plano. Os precedentes possuem “uma estrutura”? Existiria mesmo alguma coisa que

seria chamada a “estrutura dos precedentes”? Exatamente o que nós estamos procurando, quando perguntamos pela “estrutura dos precedentes”?

Claramente, não podemos fornecer nenhuma resposta razoável para estas questões, a menos que nós tenhamos estabelecido previamente, e tornado claro, exatamente o que queremos dizer com a escorregadia frase: “precedente judicial”.

Não menos que 3 diferentes candidatos aparecem aqui, embora relacionados. Inicialmente, um precedente judicial pode ser considerado como *consistente em uma decisão judicial* **(i)** como um todo – a opinião, incluída a *ratio decidendi* ou a *holding*, mais as *determinações individuais para o específico caso em análise*, **(ii)** pronunciada em um período de tempo prévio (t¹), **(iii)** satisfatoriamente reportado (isto é, reportado de tal maneira a ser passível de ser utilizado e conhecido no futuro por juristas e juízes trabalhando na jurisdição relativa a ele), e **(iv)** tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de *precedente-julgamento*.

Mais do que isso, um precedente judicial pode ser considerado como consistente, mais estritamente, *na base da ratio decidendi – ou holding*, de um julgamento pronunciado em um período de tempo prévio (t¹), satisfatoriamente reportado, e tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de *precedente-holding*, ou de *precedente-ratio decidendi*.

Finalmente, um precedente judicial ser considerado como consistente, novamente de maneira estrita, nas *determinações individuais* de um julgamento pronunciado em um período de tempo prévio (t¹), satisfatoriamente reportado, e tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de *precedente-ordem*.

“Estrutura”, entretanto, também é uma palavra escorregadia. A estrutura de alguma coisa pode ser tomada como sendo, a seu turno:

(a) aquela parte de alguma coisa, sem a qual ela simplesmente não se sustenta (sobrevive, subsiste, existe); pense na estrutura de um prédio, em suas vigas-mestras, sua caixa de pilares concretos;

(b) o núcleo (core ou kernel) axiológico de alguma coisa, sua parte essencial, isto é, o componente ou propriedade sem o qual seria inválido de algum ponto de vista relevante;

(c) o grupo de relações adequadas, a rede de comunicações apropriadas entre as várias partes de um todo, sem o qual ele seria empobrecido e defeituoso exemplo de seu tipo;

Claramente, “estrutura” é uma palavra valorativa, provida a partir de um significado (positivo) emotivo: de fato, dizendo de X que ele pertence a estrutura de algum Y, geralmente

fornece a X uma luz favorável, trazendo para este X a consideração devida a coisas que são importantes, por alguma razão.

Aparentemente, nós podemos satisfatoriamente investigar sobre a estrutura de um precedente-julgamento, em todos os três significados acima.

Nenhuma peça do discurso judicial (bem construído e devidamente pronunciado) iria se sustentar como um *precedente-julgamento* se, fornecido um modelo normativo de uma estrutura de “opinião-e-mais-uma-ordem”, ela apenas contiver também a opinião, mas não uma ordem individual qualquer que seja ela, ou uma ordem individual, mas não uma opinião, qualquer que seja ela.

Nenhum *precedente-julgamento* seria uma instância que valesse a pena (válida e adequadamente), se ela não contiver qualquer holding, assumindo que este seja sua parte essencial, seu núcleo e kernel axiológico (e o mesmo poderia ser dito relativamente à ordem).

Finalmente, nenhum *precedente-julgamento* seria uma instância que valesse a pena (válida e adequadamente) se, fornecido um modelo normativo de uma estrutura de “opinião-e-mais-uma-ordem”, ela contiver uma holding e uma ordem individual, mas elas estiverem totalmente desvinculadas, ou conflitarem umas com as outras.

O mesmo não pode ser dito relativamente a estrutura, seja quanto ao *precedente-holding* ou um *precedente-ordem*.

O que nós podemos referir quando fazemos uma investigação sobre a “estrutura” de um *precedente-holding* ou da “estrutura” da *ratio decidendi*?

Assumindo que a *ratio decidendi* seja uma sentença, utilizando uma linguagem natural, sua estrutura seria seu arranjo sintático. Isso, entretanto, não parece ser ainda um objeto que valha a pena pesquisar – exceto pela a forma gramatical/problema da forma lógica, obviamente. Então, talvez através de uma interpretação caridosa, quando alguém configura uma investigação sobre a “estrutura dos precedentes”, e por precedente se entende o *precedente-holding*, talvez o que aquela pessoa pretenda indagar seja a própria noção de holding, a própria noção de *ratio decidendi*.

Se este for o caso, contudo, seria uma forma enganosa e obscura de discurso falar em termos de “estrutura dos precedentes”; seria melhor descartá-la completamente, e ao invés disso falar sobre, a estrutura dos *precedentes-julgamento*, ou sobre o conceito (adequado) de holding ou de *ratio decidendi*.

Obviamente, o conceito adequado de *holding/ratio decidendi* depende do modelo do investigador sobre o que se compreenda por adequação conceitual. Como dito anteriormente, do ponto de vista de uma filosofia analítica do precedente, estes standards tem a ver com os valores-racionalidades de clareza, precisão, discriminação, etc.

A primeira destas três questões que irei abordar devota-se precisamente a este ponto (confira-se o § 3º abaixo). Então, de certo modo, eu não descarto realmente a primeira questão proposta pelos organizadores; não obstante, tive de deixar claro o motivo disso.

2. AS “FUNDAÇÕES FILOSÓFICAS” DOS PRECEDENTES

Assim como a “estrutura”, a “fundação” é outra palavra amada no léxico dos filósofos. A propósito, ela soa, por um lado, técnica e formada por conteúdos preciosos. Assim como “estrutura”, entretanto, ela é selada com indeterminação: talvez até mais do que aquela primeira.

Os precedentes possuem “fundações”? Há alguma coisa realmente funcionando como as “fundações filosóficas” dos precedentes? O que procuramos quando nós perguntamos pelas “fundações filosóficas” dos precedentes?

Duas possibilidades podem surgir, para mencionar apenas estas duas, dentre tantas outras, para apontar uma maneira adicional, e mesmo mais ampla de compreender e usar a frase “precedente judicial”.

(1) inicialmente, a procura pelas *fundações filosóficas* dos precedentes pode pertencer à filosofia normativa, prática. Em tal caso, trata-se de uma procura pela justificação. Obviamente, deste ponto de vista, justificação não se refere particularmente ao precedente judicial (julgamento, holding ou ordem). Ao invés disso, refere-se a algum sistema de precedentes, real ou imaginário. Exemplificativamente, pode estar relacionado: (a) a algumas práticas dos precedentes, contextualizadas e descritas (estabelecendo, utilizando, interpretando, aplicando, seguindo, modificando, expandindo, desconsiderando, superando, etc.), em uma ordem legal certa e determinada; (b) a alguma doutrina ideal dos precedentes judiciais, contextualizadas e descritas (estabelecendo, utilizando, interpretando, aplicando, seguindo, modificando, expandindo, desconsiderando, superando, etc.), para uma ordem legal certa e determinada;

“Fundações”, assim como sua palavra irmã “bases”, é claramente metafórica; “justificação”, não. Esta última deve substituir aquela primeira em um discurso filosófico cuidadoso.

(2) a busca pelas fundações filosóficas do precedente pode também pertencer à filosofia analítica. Em tal caso, seria uma procura por melhor compreensão da instituição, da doutrina e da prática do precedente judicial, assim como existentes em alguma cultura jurídica.

De um ponto de vista analítico, uma tal melhor compreensão pode ser garantida de maneiras distintas e conspiratórias, mutuamente ligadas, especialmente: (a) livrando-se de

formas discursivas equivocadas; **(b)** trabalhando um equipamento conceitual mais preciso, com a saída de um grupo de reconstruções racionais, com as fronteiras conceituais definidas pelos usos linguísticos; **(c)** considerando as pressuposições contextuais do andamento conceitual e arranjos terminológicos: o quanto isso está enraizado, e os espelhos, na escala ideal do assento filosófico, *(i)* a natureza das instituições jurídicas na maneira de seu desenvolvimento histórico, *(ii)* a natureza das instituições e sociedades humanas, *(iii)* a natureza do homem como fator constitutivo disso tudo; **(d)** imaginando quais partes do prosseguimento conceitual e do equipamento terminológico deveriam permanecer, e quais delas, ao invés disso, deveria ser diferentes, assumindo que as diferenças momentâneas deveriam estabelecer relação com a natureza das instituições jurídicas, com a natureza das sociedades humanas e com a natureza do homem; **(e)** imaginando novos equipamentos terminológicos e conceituais para procurar, (e/ou trabalhar com) as reais instituições e as práticas do precedente judicial, assim como o conhecemos.

Eu descartei a procura pela justificação prática e normativa do sistema de precedentes, optando por uma aproximação analítica. Contrariamente, não obstante as aparências, a busca por uma melhor compreensão é novamente uma das metas que tentarei alcançar no presente *paper*; de fato, isso pode estar relacionado, neste sentido, com as fundações filosóficas dos precedentes (como iremos ver nos §§ 3, 4 e 5, a seguir).

3. A RELEVÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL PARA A TEORIA DO DIREITO

As teorias jurídicas se preocupam com os precedentes judiciais? Elas deveriam se preocupar? Claramente, ambas as questões ordenam respostas positivas, se endossarmos uma concepção normativa de teoria do direito (teoria do direito como jurisprudência normativa), ou uma concepção analítica (teoria do direito como jurisprudência analítica).

Isto é o suficiente para observações preliminares. Caminhemos, agora, para três questões que mencionei inicialmente.

C. “RATIO DECIDENDI”, “OBITER DICTUM”

Aparentemente, nos deparamos uma verdade triste: após séculos de investigações, juristas e teóricos do direito parecem ainda estar à procura da concepção adequada de *ratio decidendi*.

Por que isso é assim? Provavelmente, devido a uma combinação condenada a ser um sucesso permanente de esforços de pensamento não muito claro aliado aos comandos da política judiciária, ideologia jurídica e guerrilha metodológica.

Seja como for, mesmo uma pesquisa mais ou menos superficial sobre as noções de *ratio decidendi*, assim como definida pelas literaturas acadêmicas do *civil law* e do *common law*, iria resultar em uma invenção de múltiplas cabeças. Poderíamos encontrar, por exemplo, que a *ratio decidendi* foi caracterizada, a seu turno, da maneira seguinte:

(RD1) o **elemento** na opinião que representa a **premissa necessária**, ou o **passo lógico necessário**, para a decisão de um caso.

(RD2) o **princípio jurídico** que, em uma decisão judicial, é **suficiente** para decidir o caso sob análise.

(RD3) a **argumentação necessária, ou suficiente**, para decidir um caso sob análise.

(RD4) a **norma (regra, princípio)** que representa, alternativamente: (a) a condição **necessária e suficiente**, (b) a condição **suficiente, mas não necessária**, ou mesmo, (c) qualquer condição **necessária, mas não suficiente**, da decisão do caso sob análise.

(RD5) a **norma** para os fatos da causa que, como análise textual divulgada do precedente-julgamento, o juiz que decidiu o caso **efetivamente estabeleceu e/ou seguiu**, atrás do que ela deveria ter **estabelecido** ou **pensou ter estabelecido**.

(RD6) a **norma** para os fatos do caso que o juiz que os pronunciou **expressamente declarou estabelecer e/ou seguir**, ou **tacitamente acreditou ter estabelecido ou seguido**.

(RD7) a **norma** para os fatos de um caso que o juiz **expressamente ou tacitamente tratou** como **necessários** para decidir um caso.

(RD8) a **norma** dos fatos relevantes de um caso que - de acordo com o direito existente, fatos e precedentes - o juiz que decidiu o caso **deveria ter estabelecido e/ou seguido**, em ordem a decidir **apropriadamente** o caso.

(RD9) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (J_S), o juiz prévio (J_P), que decidiu o caso, acreditou **ter estabelecido e/ou seguido**.

(RD10) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (J_S), o juiz prévio (J_P), que decidiu o caso, **efetivamente estabeleceu e/ou seguiu**, não importando o **que ela tenha pretendido significar**.

(RD11) a **norma** para os fatos relevantes de um caso que os juízes subsequentes (J_{SS}) deveriam ter considerado como tendo sido estabelecidas e/ou seguidas pelo juiz prévio (J_P) no relevante precedente-julgamento.

Todas as noções de *ratio decidendi* relatadas acima, claramente são indeterminadas, embora através de diferentes níveis. Parece ser necessário, por consequência, buscar noções mais precisas e claras para algum trabalho de reconstrução racional. Antes disso, entretanto, alguns comentários parecem necessários.

1. As várias noções acima referem-se a (ou propõe-se a) algumas distinções entre conceitos e tipos de *rationes decidendi*, relativos a:

(a) sua **natureza**;

(b) seu **modo de expressão**;

(c) a relevância da **intenção do juiz** que os estabeleceu e/ou os aplicou (os “seguiu”) para decidir um caso;

(d) sua **relevância objetiva** para a decisão do caso;

(e) sua **posição sistêmica**;

2. Por natureza da *ratio decidendi* existem basicamente duas concepções em jogo, não necessariamente em desacordo.

Por um lado, as *rationes decidendi* algumas vezes são caracterizadas como **razões, premissas, passos logicamente necessários, argumentação necessária ou suficiente** de um precedente-julgamento (como é o caso, por exemplo, das noções **RD1** e **RD3**). Esta é a **concepção argumentativa da *ratio decidendi***.

Lado outro, as *rationes decidendi* também são caracterizadas como **normas, regras, princípios e determinações** (veja-se, por exemplo, **RD2**, **RD4**, etc.). Esta é a **concepção normativa da *ratio decidendi***.

A propósito, ambas as concepções encontram suporte na palavra latina “*ratio*”, cuja semântica inclui tanto a ideia de “razão”, quanto a ideia de “determinação” (medir, um critério de julgamento).

A norma geral aplicada pelo juiz para decidir um caso é uma “**razão**” (a **razão normativa**) que justifica aquela decisão. Da mesma maneira, ela também é uma **premissa** (a **premissa normativa**) do raciocínio da conclusão da qual é a ordem judicial. Finalmente, se olharmos para qualquer julgamento como uma peça de raciocínio provida por uma estrutura lógica, a norma geral aplicada pelo juiz também, pode ser considerada como o passo **lógico necessário** (**passo lógico normativo**) do raciocínio.

Portanto, a concepção normativa de *ratio decidendi* está perfeitamente em sintonia com a concepção argumentativa. Isso conduz, entretanto, a noções mais determinadas.

De acordo com um ponto de vista mais analítico, noções normativas devem ser preferidas em detrimento das noções argumentativas. Assim, seria melhor considerar a *ratio decidendi* como norma, princípio ou determinação que ocupam papel fundamental (fiquemos satisfeitos, por enquanto, com essa expressão) na justificação de uma decisão judicial.

3. Como modo de expressão da *ratio decidendi*, a distinção básica das várias noções acima parece estar entre razões explícitas e implícitas.

Uma *ratio decidendi* é **explícita** quando foi estabelecida com uma formulação discreta: quando ela foi expressada, estipulada ou (como algumas vezes se diz) “anunciada” pelo juiz na opinião da precedente-julgamento.

Em sentido oposto, uma *ratio decidendi* é **implícita** quando ela é a premissa normativa **tácita** do raciocínio judicial: quando ela não foi formulada, estipulada, anunciada, muito embora – alguém pode dizer – tenha sido estabelecida e aplicada para decidir o caso.

No devido contexto, a *ratio decidendi implícita* (presumida) de um precedente-julgamento pode ser jogada contra a sua *ratio decidendi explícita* (presumida). De fato, pela combinação desta distinção com a distinção adicional, relativa a **relevância objetiva** da *ratio*, entre a *ratio real* e a *ratio aparente*, alguém pode arguir, por exemplo, que a **ratio explícita** de um precedente-julgamento, embora cuidadosamente formulada pelo juiz, é apenas uma impostura; ela é apenas a **ratio aparente**, a qual deve ser invertida para que nas decisões judiciais subsequentes se preste o devido respeito a *ratio real* (em termos de ser tácito, implícito, não-formulado, não-anunciado).

De um ponto de vista analítico, as duas distinções – *ratio implícita* vs. *ratio explícita*, e *ratio real* vs. *ratio aparente* – valem a pena de serem mantidas em mente, acima de tudo pelo seu uso como ferramentas práticas na arte de raciocinar com os precedentes.

Entretanto, uma ressalva deve ser realizada. Para que faça sentido a partir de uma perspectiva analítica, a distinção entre *ratio decidendi* explícita e a *ratio decidendi* implícita deve ser refundida de uma tal maneira que um procedimento razoavelmente objetivo deve ser seguido para identifica-los, se houver alguma, como um resultado de uma análise textual de um precedente-julgamento. Isso sugere o apelo para a ideia de uma estrutura lógica das decisões judiciais, como veremos a seguir.

4. Algumas vezes a noção de *ratio decidendi* é definida de tal maneira a se tomar em conta a intenção (presumida) do juiz que pronunciou o precedente-julgamento (conforme, por exemplo, **RD6, RD7, RD9**), e algumas vezes, entretanto, esse não é o caso (como p. exemplo **RD1, RD2, RD3, RD4**).

A noção daquele primeiro tipo, nós podemos chamar de noção intencionalista, ou subjetiva, de *ratio decidendi*: neste ponto, a *ratio* é uma **ratio pretendida**, daquele tipo que o juiz pretende estabelecer ou aplicar.

A noção desta última, pelo contrário, podemos chama-la de noção de *ratio decidendi* “**des-psicologizada**”, ou “objetiva”: neste ponto, a *ratio* é identificada (e relacionada) como um objeto puramente não intencional, como uma peça do discurso do significado, sentido ou valor o qual deve ser identificado e apreciado sem que se faça qualquer referência, ou preste qualquer atenção à intenção (propósito, crenças e atitudes) de seu autor.

A noção de *ratio decidendi* definida pelos juristas do civil law geralmente são objetivas; em sentido contrário, as noções definidas por seus colegas do common law são frequentemente subjetivas.

A distinção entre as noções objetivas e subjetivas de *rationes decidendi* são relevantes de duas perspectivas relacionadas.

Por um lado, isto é, ao menos aparentemente, o núcleo de dois grupos distintos de modelos relacionados à “interpretação dos precedentes”: modelos subjetivos (ou ao invés disso, mixada) e objetivos (como iremos observar mais à frente).

Por outro lado, a distinção possui um uso argumentativo, como aqueles que eu considere no item anterior. A propósito, no devido contexto, um pode agir no papel de *ratio* subjetiva (presumida) de um precedente-julgamento contra a sua *ratio* objetiva (presumida) (este modo de proceder é sugerido, com efeito, pelas noções **RD5** e **RD10** acima), postulando, por exemplo, que o primeiro seria apenas a **ratio aparente**, enquanto o segundo seria a **ratio real**.

5. Algumas vezes a noção de *ratio decidendi* é definida de tal maneira a incluir uma referência a sua posição sistemática (confira-se, por exemplo, **RD8**, **RD11**). Aqui, mais precisamente, o que está sendo decidido é uma “noção não vaga”, vale dizer, uma noção da *ratio decidendi* **correta**, **adequada** ou **precisa**, para um caso.

O uso básico para esta noção pertence claramente ao criticismo, tanto por juízes de apelação quanto por procuradores de algum caso erroneamente decidido em um precedente-julgamento.

Como eu disse anteriormente, do ponto de vista da filosofia analítica do precedente, os próximos passos, seguinte às indagações prévias, devem ser voltados para a definição – reconstrução racional – de alguma noção de *ratio decidendi*, de uma tal maneira a fornecer aos procuradores e juízes (alegadamente) um melhor conjunto de conceitos.

Tendo em conta a presença das noções objetiva e subjetiva de *ratio decidendi* no pensamento jurídico, e tendo em mente a necessidade de afastar a indeterminação na identificação da *ratio* com precedentes-julgamentos (por exemplo, “curar a conversa solta” em termos de “condições” “suficientes” e/ou “necessárias”), uma reconstrução analítica, para que seja de algum uso, deve encontrar os seguintes requisitos:

1) ela deve incluir três conceitos de *ratio decidendi*: um objetivo, um subjetivo e um conceito misto – eventualmente para que os juristas e juízes escolham um deles para adotá-lo em sua prática, também levando em conta a sua história, sua cultura jurídica e seus propósitos.

2) ao definir o conceito objetivo, deve-se fazer referência à estrutura lógica das decisões judiciais; tal estrutura deve ser concebida, a seu turno, em sua forma mínima, como um *modus ponens* normativo, onde a conclusão categórica normativa individual (a ordem judicial) siga a partir de uma premissa geral normativa e condicional (a norma geral aplicada) e uma premissa individual categórica qualificada, ou subjuntiva.

3) esta maneira de proceder, que remonta a antiga ideia – velha de séculos atrás, de silogismo individual, deve rejeitar cuidadosamente qualquer formalismo ou logicismo, relativo as decisões judiciais; a ideias de que precedentes-julgamentos possuem uma estrutura lógica, a propósito, não implica, por si mesmo, nenhum comprometimento com a visão equívoca de que o raciocínio judicial seja um raciocínio puramente lógico derivado de premissas evidentes. Pelo contrário, como magistralmente demonstrado por Jerzy Wróblewski e Robert Alexy, a ideia de estrutura lógica de uma decisão judicial (na terminologia original de Wróblewski: a ideia de uma “justificação interna” da decisão judicial) é apenas uma ferramenta útil de análise e crítica das decisões judiciais, que é perfeitamente compatível com a visão de que as premissas da justificação interna das decisões são **escolhidas** pelo juiz, muito embora elas devam ser providas com alguma justificação (justificação externa).

Com essas observações em mente, os três conceitos de *ratio decidendi* podem agora definidos, em tentativa, da seguinte maneira:

Ratio decidendi (conceito objetivo) = Df. A norma geral (regra, princípio ou determinação) que tanto está expressa na sentença, no texto de um precedente-julgamento, ou implicitamente nele; é a *ratio decidendi* de um caso em relação a certas questões a serem decididas, se (e apenas se) ela for a premissa geral normativa do “*modus ponens*”⁶⁴⁵ inferencial, do qual, juntamente com ao menos mais uma premissa (a premissa de subsunção individual), da qual a ordem judicial pode ser derivada.

Note que este conceito não afasta duas situações as quais podem ocorrer na prática, e devem ser brevemente consideradas.

⁶⁴⁵ NT: O *modus ponens* clássico, ligado à lógica, e para determinar a validade da afirmação, possui a seguinte propriedade:

1) Se as premissas são verdadeiras, e (*If the premises are true, and*)

2) a regra é aplicada corretamente, (*the rule is applied correctly*)

3) A conclusão necessariamente deve ser verdadeira. (*the conclusion must necessarily be true*). Cfr. MOHANAN, K. P.; MOHANAN, Tara. **Reasoning**, p. 7.

(1) inicialmente, pode acontecer de a **mesma** ordem judicial ser derivada, no texto da decisão judicial, de diferente (embora convergente) *modus ponens* inferenciais. Neste caso, haverá tantas *rationes decidendi* quantas forem as diferentes as diferentes (embora convergentes) *modus ponens* inferenciais escoradas. Em tal situação, haverá uma pluralidade de diferentes (embora convergentes) inferências de primeiro grau de *modus ponens*, e conseqüentemente, uma pluralidade de diferentes (embora convergentes) *rationes decidendi* de primeiro grau.

(2) além disso, também pode acontecer de a estrutura lógica das decisões judiciais ser um **elo** de vários *modus ponens* inferenciais interconectados, onde as premissas gerais normativas das inferências de grau inferior sejam, ao mesmo tempo, a conclusão geral normativa da inferência de grau superior. Em tal caso, nós devemos distinguir por exemplo, com a estrutura lógica de um precedente-julgamento, uma *modus ponens* inferencial de primeiro grau, uma *modus ponens* inferencial de segundo grau, uma *modus ponens* inferencial de terceiro grau, (...) e assim por diante, até a maior e mais alta *modus ponens* inferencial. Em uma situação como esta, há inúmeras *ratio decidendi*, do ponto de vista lógico: do mais baixo e menos abstrato, trabalhando como premissa normativa do *modus ponens* inferencial de primeiro grau, subindo para o mais alto, e mais abstrato, funcionando como premissa normativa do *modus ponens* inferencial de último grau.

Em ambos os casos, nos quais a *ratio decidendi*, misturada com vários argumentos identificados na base da estrutura lógica da decisão, deve ser tratada como provida com valor “*precedencial*”, não sendo alguma coisa que a estrutura lógica, enquanto tal – e nem este conceito de *ratio decidendi* -, possa dizer. Apenas uma doutrina do precedente – fornecendo algum critério de política-legal – pode fazer aquele trabalho. Nos países de common law, a propósito, um tal critério parece ser precisamente a intenção do juiz: isso traz, em primeiro plano, o conceito subjetivo e mixado de *ratio decidendi*.

Ratio decidendi (conceito subjetivo) = Df. A norma geral (regra, princípio ou determinação) que tanto está expressa na sentença, no texto de um precedente-julgamento, ou implicitamente nele; é a *ratio decidendi* de um caso em relação a certas questões a serem decididas, se (e apenas se) o juiz que decidiu o caso intencionou que ele fosse **(a) a estipulação jurídica fundamental**⁶⁴⁶ para a decisão concreta do caso sub análise, e, **(b)** provida com valor “*precedencial*” para os casos subsequentes.

Ratio decidendi (conceito mixado) = Df. A norma geral (regra, princípio ou determinação) que tanto está expressa na sentença, no texto de um precedente-julgamento, ou implicitamente nele; é a *ratio decidendi* de um caso em relação a certas questões a serem

⁶⁴⁶ NT: Sem equivalência específica, o original menciona: “*Paramount legal prescription*”, que nos pareceu mais adequado, pelo contexto, em traduzir por “estipulação jurídica fundamental”.

decididas, se (e apenas se): (a) ela for a premissa geral normativa do “*modus ponens*”⁶⁴⁷ inferencial, do qual, juntamente com outras premissas, a ordem judicial que pode derivada; (b) o juiz que decidiu o caso intencionou que ele fosse (b1) a **estipulação jurídica fundamental**⁶⁴⁸ para a decisão concreta para o caso, e, (b2) provida com “**valor precedencial**” para as decisões subsequentes.

Claramente, do ponto de vista da certeza e da controvérsia sobre a identificação da *ratio decidendi* de um caso, os conceitos misto e subjetivo situam-se em pior situação do que o conceito objetivo. Isto se dá, entretanto, pelo conceito objetivo ser definido de uma tal maneira a deixar o problema do “**valor precedencial**” de lado. Os outros dois conceitos, por outro lado, levam em conta também este importante problema.

Juntos, os três conceitos trazem luz às fronteiras entre a análise lógica, por um lado, e do outro, a política e os padrões jurídicos: eles mostram a que ponto a análise lógica pode auxiliar a iluminar o caminho e onde alguma doutrina do precedente deve pisar.

Do ponto de vista da filosofia analítica do precedente, evidentemente, os poderes limitados da análise lógica não representam de nenhuma maneira uma desvantagem. Pelo contrário, tudo é atribuído ao seu devido lugar (*unicuique suum*); além disso, as doutrinas do precedente se tornam um objeto mais relevante para investigação analítica e para uma reconstrução racional.

Ratio decidendi geralmente é oposta ao obiter dictum: a mesma peça de julgamento não pode ser, ao mesmo tempo, e a partir da mesma perspectiva conceitual, ratio decidendi e obiter dictum. Tendo fornecido alguns conceitos do primeiro, o último deve ser definido negativamente, como nenhuma coisa em um precedente-julgamento, que não é uma *ratio decidendi* de acordo com os conceitos objetivo, subjetivo e misto de *ratio decidendi*.

D. INTERPRETANDO OS PRECEDENTES

O que exatamente nós interpretamos quando “interpretamos os precedentes”? Como fazer, agir ou pensar quando procedemos como “interpretando os precedentes”?

Eu penso que alguns pontos devem ficar claros, antes de procedermos a uma investigação sobre tais questões.

1) Do ponto de vista da relação entre interpretação e a *ratio decidendi* de um caso, três tipos diferentes de situações podem ser separadas para análise.

⁶⁴⁷ NT: Confira-se a nota equivalente acima, no conceito objetivo de *ratio decidendi*.

⁶⁴⁸ NT: Confira-se a nota equivalente acima.

2) No primeiro tipo de situação, a *ratio decidendi* é o resultado de uma interpretação de um precedente-julgamento.

3) No segundo tipo de situação, a *ratio decidendi* é, ao invés disso, em si mesma, o objeto ou assunto de uma série de um conjunto operações de **interpretação textual** (que podem assim ser chamadas).

4) Na terceira, e final espécie de situação, a *ratio decidendi* é – novamente, em si mesma, o objeto ou assunto de um conjunto de operações de **interpretação meta-textual** (que podem assim ser chamadas).

5) A maioria das técnicas tradicionais do common law para lidar com os precedentes são, de fato, técnicas relativas tanto a interpretação textual ou meta-textual de uma *ratio decidendi* de um caso previamente determinado, como poderemos observar adiante.

6) Algumas vezes observamos acadêmicos falando de “determinar a *ratio decidendi* de um caso”. De um ponto de vista analítico, tal frase é altamente indeterminada. A propósito, dependendo do contexto, ela pode se referir indiscriminadamente aos três grupos de operações acima referidas (interpretação textual de um precedente-julgamento, interpretação textual e interpretação meta-textual da *ratio decidendi*), ou apenas a algum deles.

1. INTERPRETANDO A RATIO DECIDENDI: TÉCNICAS TEXTUAIS

As técnicas de interpretação textual da *ratio decidendi* são adequadas para (re)interpretações (o que se assume ser o caso) do sentido original (e do escopo normativo) de uma *ratio decidendi* previamente identificada.⁶⁴⁹

Para deixar este ponto claro, parece útil introduzir a distinção entre *interpretação corretiva* e *interpretação declaratória* da *ratio decidendi*.

A *interpretação declaratória* busca estabelecer o sentido correto e o escopo normativo da *ratio decidendi*, basicamente em duas situações distintas: **(a)** quando o sentido original se mostrou indeterminado; **(b)** quando o sentido original tenha sido alegadamente reconstruído de forma equivocada por outro juiz em uma decisão prévia. Neste ponto, os juristas do *common law* falam de uma “reconstrução”, “mensuração” e/ou “explicação” de um precedente.

⁶⁴⁹ Por esta razão e pela próxima seção, encontrei um catálogo do common law, embora totalmente desestruturado, em G. Marshall, “**Trentaré cose che si possono fare com i precedenti. Um dizionario di common law** (1996) 6 Ration Pratica, 29 ff.

Uma interpretação corretiva, pelo contrário, busca enfrentar uma presumida discrepância entre a *ratio decidendi real* e a *ratio decidendi aparente*. Neste ponto, a *ratio* previamente identificada, aparente, isto é, a “*prima facie ratio*” estabelecida por uma leitura superficial de um precedente-julgamento e/ou pela opinião pública, está sendo (re)interpretada, para se ajustar com a *ratio* presumidamente *real e correta*: isto significa, a seu turno, que a *ratio aparente* geralmente precisa estar, tanto amassada (*narrowed*) ou diminuída (*downsized*) (por meio de uma “*interpretatio restrictiva*”) – em que os procuradores do common law falam em “refinar”, “deduzir”, “confinar”, “podar”, “nuanças”, e até mesmo, novamente, “mensuração” da *ratio decidendi* – ou ao invés disso, “estender” (por meio de uma “*interpretatio extensiva*”) – “estendendo”, “perdendo”.

2. INTERPRETANDO A RATIO DECIDENDI: TÉCNICAS META-TEXTUAIS

As técnicas meta-textuais de interpretação da *ratio decidendi*, por contraste, quedam-se basicamente em dois grupos.

Por um lado, existem as técnicas relativas ao uso de um precedente-*ratio* estabelecido para enfrentar um caso de primeira impressão: isto envolve, geralmente, procedimento por analogia a partir da *ratio* estabelecida para uma nova *ratio* relativa ao novo caso examinado.⁶⁵⁰

Por outro lado, existem técnicas relativas a questão do “**valor precedencial-institucional**” de uma *ratio decidendi* previamente identificada: eles lidam com o fato de possuírem ou não a força da premissa normativa adequada, como um caso individual em análise, naquele exato momento.

Algumas dessas técnicas pretendem **apagar, enfraquecer** ou alternativamente, **esticar** a autoridade de um precedente-*ratio*. Neste ponto, juristas do *common law* utilizam algumas operações, como por exemplo: **(a)** *dictum-cantarolando* (isto é, dizendo que a *ratio* não é realmente a *ratio*, mas um mero *dictum*), **(b)** minar a *ratio* (clamar que não existem razões para que se toma a *ratio* como autorizativa), **(c)** *per-incuriam-ing* (dizer que a *ratio* fora pronunciada fora de engano), **(d)** alardeando (dizer que a *ratio* foi pronunciada para um mero experimento, sem que houvesse a séria intenção de que fosse possuidora de valor precedencial), **(e)** *quondam-ing* (dizendo que a *ratio* fora pronunciada há muito tempo atrás, e por evidente, muitas coisas teriam mudado desde então...) **(f)** ornamentando (apresentando

⁶⁵⁰ Algumas vezes alega-se que a essência de raciocinar com os precedentes é o raciocínio analógico. Esta sugestão, entretanto, precisa ser resistida. O papel da analogia, de fato, auxilia a enxergar quando os fatos de um determinado caso são os mesmos, ou parecidos com o tipo de fatos regados por um precedente-*ratio*. Mas isso, importante como possa parecer, não exaure nem as técnicas do raciocínio do common law, nem captura da fundação axiológica da autoridade dos precedentes. Neste sentido, confira-se Frederick Schauer. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy**, 3 Perspectives on Psychological Science, 2008, p. 454-460.

a *ratio* sob uma melhor luz do que a de costume), e, (g) tranquilizar (apresentar a *ratio* como como parte da linha enraizada das decisões).

Outras técnicas de interpretação meta-textual intencionam, ao invés disso, se livrar do *precedente-ratio*, significando com isso que muito embora certamente provido de “*valor precedencial*”, ele não poderia ser aplicado a um específico caso sob análise.

Dentre dessas técnicas de neutralização do *precedente-ratio*, o *distinguishing* possui papel central. Existem, possivelmente, dois diferentes tipos de *distinguishing*: a saber, interno (ou regra-*distinguishing*) e o externo (ou de *facto-distinguishing*).

O *distinguishing* externo é a técnica demonstrativa de que o *precedente-ratio* não deve ser aplicado ao caso examinado pois, no presente caso, os fatos materiais são distintos daqueles englobados pela *ratio* – muito embora, à primeira vista eles possam ter parecido similares com os fatos decididos pelo *precedente-ratio*. Neste ponto, o jurista modifica a descrição prévia dos fatos da causa, clamando duramente que todas as coisas consideradas são substancialmente/materialmente diferentes dos fatos que foram governadas pelo precedente.

Pelo contrário, o *distinguishing* interno é a técnica demonstrativa de que um *precedente-ratio* não deve ser aplicado ao caso examinado pois, através de uma leitura cuidadosa, os fatos materiais englobados pela *ratio* seriam diferentes do que pareciam ser à primeira vista, e conseqüentemente seriam diferentes dos fatos materiais do caso sob análise. Neste ponto, por conseqüência, os fatos materiais do caso atual permanecem, enquanto o jurista altera a descrição dos fatos relevantes regrados pelo precedente (material e substancialmente).

O *distinguishing* externo deixa o precedente-ratio incólume, embora conduza a sua não aplicação de um caso sob análise. Por sua vez, o *distinguishing* interno é uma forma de (re)interpretação do *precedente-ratio*. Ele pertence, conseqüentemente, as técnicas textuais de interpretação da *ratio decidendi*; aparentemente, algumas vezes ele é transportado sob o rótulo de “*confinando um precedente*”.

3. MODELOS PARA DETERMINAÇÃO DA “RATIO DECIDENDI” DE UM CASO.

Situações onde a *ratio decidendi* é o resultado de uma interpretação de uma decisão judicial (isto é, do texto de um julgamento como um todo) são geralmente considerados por modelos: modelos normativos – vagamente representados como concernentes a “interpretação dos precedentes”.

Duas famílias de tais modelos podem ser separadas.

Por um lado, há os modelos do common law: como, por exemplo, os bem conhecidos modelos de Eugene Wambaugh, Arthur Goodhart e Rupert Cross. Eles são intencionalistas, modelos mixados, onde a contribuição interpretativa da estrutura lógica da decisão judicial não é abertamente reconhecida, ou localiza-se num padrão.

Por outro lado, há os modelos do *civil law* ou modelos continentais: como, por exemplo, os modelos que podem ser derivados das obras de Jerzy Wróblewski e Robert Alexy concernentes a justificação das decisões judiciais. Eles são modelos objetivos, completamente “despiscicologizados” onde a estrutura lógica das decisões judiciais é a estipulação jurídica fundamental.

E. EXPLICANDO A RELEVÂNCIA PRÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como é sabido, frases como “força persuasiva” (*persuasive force*), “força vinculante” (*binding force*), “força vinculante horizontal” (*horizontal binding force*), “força vinculante vertical” (*vertical binding force*), “força persuasiva de facto” (*de facto persuasive force*), “vinculação formal” (*formal bindingness*), etc., geralmente são utilizadas para destacar a relevância prática dos precedentes judiciais, ou mais precisamente, da *ratio decidendi* dos precedentes-julgamento.

Nesta parte final do meu *paper*, sempre por meio da abordagem de algumas peças de uma filosofia analítica dos precedentes, continuarei a proceder da forma seguinte.

Primeiro, lidarei com algumas distinções – básicas, sob meu ponto de vista.

Segundo, brevemente reportarei o que aparenta ser, até agora, a mais sofisticada tentativa de lidar com a relevância prática dos precedentes, isto é, aquela que os acadêmicos do círculo de Bielefeld performaram.

Terceiro, e para concluir, fornecerei uma consideração alternativa de sistemas jurídicos ideais típicos, considerados do ponto de vista da relevância jurídica (*de iure*) dos precedentes, se houver algum.

1. ALGUMAS DISTINÇÕES BÁSICAS

Relativamente à relevância prática dos precedentes judiciais - se por tal frase quisermos dizer, de uma maneira bastante ampla e descompromissada, a relevância dos precedentes judiciais para a prática da tomada de decisão judicial e da adjudicação; a distinção básica é desenhada e corre entre a relevância formal (*de iure*) e a relevância empírica (*de facto*).

A relevância formal, ou *de iure*, é uma questão de normas jurídicas: de relevância institucional, constituída e regulada por normas legais (princípios, regras e padrões). Mais precisamente, sua relevância é determinada por normas legais, em graus e maneiras (sobre força, influência, importância e consideração), pelas normas jurídicas que os precedentes judiciais, como definidos e de acordo com o direito positivo, podem, ou devem possuir, enquanto decidirem casos subsequentes iguais ou similares, em um período determinado (t), em um específico sistema legal (SL).

Ao contrário, a relevância empírica, ou de facto, é uma questão de fatos: é a relevância (força, influência, importância ou consideração) que de fato os precedentes judiciais (de algum tipo) possuem na decisão de casos subsequentes, iguais ou do mesmo tipo, em um período determinado (t), em um específico sistema legal (SL).

As relevâncias empírica (*de facto*) e formal (*de iure*) não necessariamente estão em desacordo: aliás, elas apontam para aspectos logicamente independentes do mundo jurídico - embora não necessariamente desvinculados. Deste ponto de vista, podemos distinguir três tipos de relevância empírica (ou *de facto*): **1) *secundum legem***, **2) *contra legem***, e **3) *praeter legem***.

Relevância empírica *secundum legem*: A relevância *de facto* do precedente, qualquer que seja ele, é o efeito de ser seguido por juízes dos precedentes relativos as normas do direito positivo, de sua crente fidelidade à doutrina do precedente positiva.

Relevância empírica *contra legem*: A relevância *de facto* do precedente, qualquer que seja ele, é o efeito de que os juízes possam romper as normas legais positivas relativas aos precedentes, de sua violação à doutrina do precedente positiva.

Relevância empírica *praeter legem*: Por hipótese, o direito assumidamente não dirá nada sobre a relevância judicial dos precedentes, e será, com efeito, indiferente com relação a ele. Em tal situação, a relevância de facto dos precedentes, qualquer que sejam eles, é o efeito da prática judicial *extra* ou *praeter legem*: por ele ter sido estabelecido fora do direito positivo, possivelmente (mas não necessariamente) seguindo alguns modelos judiciais normativos de boas práticas judiciais apoiadas pela opinião pública da cultura jurídica.

Acadêmicos geralmente se referem aos precedentes como possuindo força persuasiva, em oposição aos precedentes possuidores de força vinculante (*binding force*).

Algumas vezes, a distinção intenciona similaridade com a distinção entre a relevância empírica (*de facto*) e a relevância formal (*de iure*) dos precedentes. Precedentes possuindo força persuasiva teria relevância meramente empírica (de facto), e geralmente, poderíamos dizer, relevância de facto *praeter legem*; enquanto por outro lado, ao contrário, precedentes possuidores de força vinculante (*binding force*) teria relevância formal (*de iure*).

Entretanto, algumas vezes a distinção entre a força persuasiva e força vinculante dos precedentes parece se referir a duas formas diferentes da relevância formal (ou *de iure*) dos precedentes judiciais.

De um ponto de vista analítico, confusões devem ser evitadas, evidentemente.

Uma distinção final, que como as anteriores, pertence a presente teoria dos precedentes entre a relevância vertical e a relevância horizontal dos precedentes judiciais. Neste ponto, também, pode ser válido, para o bem da clareza, combinar esta distinção com divisão básica da relevância *de facto/de iure*: muito embora na maior parte do tempo a distinção refira-se as duas formas da relevância formal (*de iure*) e da relevância empírica (*de facto*) dos precedentes.

2. O CÍRCULO DE BIELEFELD

Os acadêmicos do círculo de Bielefeld (Aulis Aarnio, Robert Alexy, Zenon Bánkowi, Gunnar Bergholtz, Svein Eng, Francisco Laporta, Neil MacCormick, Geoffrey Marshall, Lech Morawski, Enrico Pattaro, Aleksander Peczenik, Alfonso Ruiz Miguel, Robert Summers, Michele Taruffo, Michael Troper, Marek Zirk-Sadowski, etc.⁶⁵¹) trabalharam uma consideração teórica sobre a relevância prática dos precedentes (melhor dizendo: relevância prática das *rationes decidendi* dos precedentes-julgamento), onde eles separaram quatro formas básicas de relevância:

- 1) vinculação formal.
- 2) força persuasiva de facto.
- 3) força justificatória complementar.
- 4) meramente ilustrativa – ou outro valor parecido⁶⁵².

1. Vinculação formal = Df. “viola o direito um julgamento que não respeita a vinculação do precedente, e portanto, é passível de ser revertida em apelação”.

Três graus de vinculação formal são separados:

⁶⁵¹ Cfr. Neil MacCormick, R. S. Summers (eds.), **Interpreting precedents. A Comparative Study** (Ashgate: Aldershot, 1997), p. vii.

⁶⁵² Confira-se Neil MacCormick e Robert Summers, “Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994, in: **Interpreting precedents. A Comparative Study** (Ashgate: Aldershot, 1997), p. 554-555; uma visão ampla do escopo consta do ensaio de A. Peczenik, “The Binding Force of Precedent”, p. 461-479.

(1a) precedente vinculante estrito (*strictly*): os precedentes são estritamente vinculantes, qualquer que seja seu assunto, nem passível de superação (*overruling*) e nem de exceção (*exception*) seja o que for.

(1b) precedente vinculante derrotável (*defeasibly*): os precedentes são vinculantes, mas derrotáveis (*defeasibly binding*), sempre que não estejam sujeitos a superação (*overruling*), mas estejam sujeitos a exceções (bem ou mal definidas).

(1c) precedente vinculante suave (*softly*): os precedentes são suavemente vinculantes (*softly binding*), sempre que estejam sujeitos a superação (*overruling*) ou modificação, e também possam estar sujeitos a exceções.

2. força persuasiva de facto = Df. “um julgamento que não respeite a força do precedente, embora legal, está sujeito ao criticismo neste patamar e pode estar sujeito a revisão”.

Duas variedades da força persuasiva de facto são separadas:

(2a) precedente persuasivo derrotável (*defeasibly*): precedentes são persuasivos derrotáveis, sempre que eles “deveriam ser aplicados, a menos que exceções sejam cabíveis (bem ou mal definidas) ”.

(2b) precedente persuasivo prevalecente (*outweighable*): precedentes são persuasivo prevalecentes sempre que eles “deveriam ser aplicados, a menos que haja motivos contrários para não aplica-lo”.⁶⁵³

3. força justificatória complementar = Df. precedentes possuem uma força justificatória complementar, sempre que a decisão subsequente onde ela não é mencionada, embora juridicamente justificada, não estiver “tão bem justificada” como estaria se o precedente fosse invocado.⁶⁵⁴

4. meramente ilustrativa – ou outro valor parecido = Df. precedentes possuem a força de um mero exemplo, sempre que as decisões subsequentes, onde eles não são sequer mencionados, sejam tidos por jurídicos e bem justificados.

O Círculo de Bielefeld possui, como mencionado, a consideração mais sofisticada de uma rede de conceitos e distinções trabalhadas para capturar a maior variedade possível

⁶⁵³ Confira-se Neil MacCormick e Robert Summers, “Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994, in: **Interpreting precedents. A Comparative Study** (Ashgate: Aldershot, 1997), p. 554-555; uma visão ampla do escopo consta do ensaio de A. Peczenik, “The Binding Force of Precedent”, p. 461-479.

⁶⁵⁴ Confira-se Neil MacCormick e Robert Summers, “Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994, in: **Interpreting precedents. A Comparative Study** (Ashgate: Aldershot, 1997), p. 554-555; uma visão ampla do escopo consta do ensaio de A. Peczenik, “The Binding Force of Precedent”, p. 461-479.

do fenômeno da relevância prática dos precedentes, melhorando nossa compreensão a respeito.

Mais do que isso, o valor teórico das observações do Círculo de Bielefeld brilha também sobre suas desvantagens, por elas serem, não obstante, instrutivas.

Eu percebo duas maiores desvantagens nas observações do Círculo de Bielefeld.

Primeiro, e talvez a mais séria desvantagem, refere-se a maneira como a força persuasiva *de facto* dos precedentes foi caracterizada. Neste ponto, uma linguagem normativa indevida foi utilizada: uma que seria mais conveniente quando estiver lidando com a relevância formal (ou *de iure*) dos precedentes (confira-se, por exemplo, onde é estipulado que “*um julgamento que não respeite a força do precedente, embora legal, está sujeito ao criticismo neste patamar e pode estar sujeito a revisão*”, ou onde é estabelecido que um precedente possui força persuasiva quando ele “deveriam ser aplicados, a menos que haja motivos contrários para não aplica-lo”). Este ponto sugere que, talvez não seja “à prova d’agua” a distinção entre “vinculação formal” e força persuasiva *de facto*: ela não aponta, como dito em minhas observações anteriores (§ 5.1), as duas distinções ordenadas dimensões da relevância prática do precedente. A dimensão normativa desentendendo das normas legais positivas, por um lado; a dimensão empírica das práticas judiciais reais dependendo da tradição e da cultura jurídica, por outro lado.

A segunda desvantagem das observações do Círculo de Bielefeld refere-se a maneira de caracterização das três diferentes formas dos precedentes formalmente vinculantes. Neste ponto, possivelmente seria mais preferível uma imagem mais articulada (relativa, como veremos em seguida, a dois diferentes tipos de derrotabilidade), como uma ferramenta para o aprofundamento de nossa compreensão da realidade e capacidade classificatória. Tentarei esboçar uma tal imagem na parte seguinte, e a última delas, de meu texto.

3. OITO SISTEMAS IDEAIS TÍPICOS DE RELEVÂNCIA FORMAL

Sobre a relevância *de iure* dos precedentes – ou melhor dizendo: da *ratio decidendi* de um precedente-julgamento, podem ser separados oito sistemas ideais tipos de relevância formal, basicamente através da forma de pensamento experimental:

- (1) sistemas de relevância proibida.
- (2) sistemas de relevância muito fracos argumentativamente
- (3) sistemas de relevância fracos argumentativamente
- (4) sistemas de relevância fortes argumentativamente

- (5) sistemas de força vinculante fraca
- (6) sistemas de força vinculante forte
- (7) sistemas de força vinculante muito fortes
- (8) sistemas de relevância discricionária

Observemos rapidamente cada um deles.

(1) sistemas de relevância proibida. Um sistema deste tipo é caracterizado pela proibição de qualquer relevância prática para qualquer precedente judicial. Em uma grafia ideal, eles representam o “degrau zero” da relevância prática para o precedente. Como uma medição como essa poderia ser realizada?

Vamos distinguir entre a relevância prática do **lado de fora** dos processos individuais, onde aos julgamentos são pronunciados (*relevância prática externa*) e **do lado de dentro** deles (*relevância prática interna*).

Para relevância prática externa, ela pode ser guiada por uma estrita regulação que:

- (a) Exclui, a princípio, qualquer forma de expressão autorizativa de “precedentes”, até mesmo aqueles persuasivos, *de facto*, pela proibição de qualquer referência a precedentes judiciais nas decisões (*judicial opinions*); e,
- (b) Proibição, para tornar efetiva tal exclusão, de se realizarem publicações, repositórios, anotações e comentários de qualquer tipo, das decisões judiciais.

Isso significa que o precedente-julgamento seria condenado a uma vida secretamente guardada nos arquivos judiciais. Desta maneira, cada juiz tendo que decidir um caso seria, não seria capaz de extrair apoio de qualquer espécie das decisões pretéritas dos outros juízes: cada juiz estaria sozinho em defronte ao caso sob julgamento, munido apenas de seus livros jurídicos (códigos, regulamentos, e possivelmente textos jurídicos abstratos). E com relação ao fato de um juiz pedir aconselhamento e conversando com outros juízes, no mesmo local judicante, ou em outro local, sobre os casos que eles decidiram? Em um sistema de não relevância estrita, mesmo tais contatos entre juízes seria proibido.

Para relevância prática interna, ela pode ser guiada por uma estrita regulação, de acordo com o que o juiz de apelação deveria fazer sob o montante de um espaço vazio da ignorância sobre a maneira que o caso fora decidido pelo juiz (ou tribunal) inferior. Deste modo, cada julgamento, embora em grau de apelação, torna-se totalmente novo, e sobre a mesma matéria.

Sistemas de “não-relevância” parecem estranhos para sensibilidades contemporâneas. Eles parecem, considerados todos os seus aspectos, profundamente irracionais como sistema legal disfuncional.

Por um lado, a relevância prática externa dos sistemas de proibição estrita dos precedentes parece resultar em uma cultura jurídica extremamente empobrecida. Para falarmos inicialmente do *case-law*, o lugar privilegiado onde os estatutos e outras regulamentações podem ser testados sobre seu sentido, escopo e determinação no local dos fatos reais dos casos; o *case-law* é, profundamente, uma das maiores agências do desenvolvimento do direito, por suas constantes adaptações às “necessidades” e “requerimentos” advindos da sociedade; o *case-law* proporciona ainda, um fórum a mais de princípio ao lado da arena política onde novas soluções e novos direitos podem ser trabalhados com a cooperação dos juízes, juristas e advogados. Tudo isso seria perdido numa arena rigorosa de um sistema que não atribua relevância aos casos passados.

Por outro lado, a relevância prática interna dos sistemas de proibição estrita dos precedentes pode resultar em uma total arbitrariedade na tomada de decisão judicial: devido ao princípio do véu da ignorância, cada juiz (em cada um dos vários graus de jurisdição) pode decidir um caso simplesmente através do cara ou coroa. Evidentemente o legislador pode impor aos juízes o dever de justificação das decisões, e tornar as decisões secretas, para ser lida apenas por uma corte de revisão, apenas, por assim dizer, em casos de suborno ou de negligência judicial grosseira. Mas isto pareceria tolo.

A propósito, sistemas reais (como o da França, p. ex.) desejam diminuir a relevância prática dos precedentes, sem incorrer em um (total) absurdo arranjo institucional, escolhido, como se sabe, uma trilha diferente: **(a)** eles extirparam a relevância forma – ou *de iure*, dos precedentes; **(b)** eles não proibiram, entretanto, nem os repositórios dos *case-law* julgados, e nem a literatura ou os argumentos e comentários sobre os casos; **(c)** como relevância interna, eles impuseram para quaisquer juízes o dever de justificação (como forma de controle da discricionariedade judicial), permitindo também aos juízes de graus superiores a lerem as decisões dos juízes de graus inferiores, mas não tornaram a holding das decisões de graus superiores não automaticamente vinculantes para as decisões de graus inferiores, aos quais os processos se referem de forma repetida.

(2) sistemas de relevância muito fracos argumentativamente. Nesse tipo de sistema, a doutrina (relevância externa) do direito positivo do precedente contém duas prescrições básicas:

(2a) seriam melhor aos juízes recuperarem – e mencionarem em suas opiniões, qualquer precedente relevante;

(2b) seria melhor aos juízes seguirem os precedentes relevantes, em ordem a promover os valores da segurança jurídica (*certainty*), previsibilidade (*predictability*) e a proteção das expectativas das pessoas.

As duas prescrições são atribuídas, entretanto, como meras *recomendações* para boas práticas judiciais. Nada desagradável segue-se após o seu desatendimento. De uma perspectiva formal, um julgamento onde estas recomendações não são cumpridas é perfeitamente jurídico e válido, sejam no que concerne ao seu conteúdo (substância), ou a sua adequação formal relativo a motivação (argumentação), embora este último fosse uma melhor peça de opinião jurídica se as recomendações houvessem sido seguidas.

Adequadamente, nós podemos considerar esses sistemas como caracterizados pela relevância formal que é, a um só tempo, **argumentativa e muito fraca**.

(3) **sistemas de relevância fracos argumentativamente**. Neste tipo de sistema, a doutrina (relevância externa) do direito positivo do precedente contém – novamente, duas prescrições básicas:

(3a) os juízes devem recuperar, e mencionar em suas decisões, qualquer precedente relevante;

(3b) seria melhor aos juízes seguirem os precedentes relevantes, em ordem a promover os valores da segurança jurídica (*certainty*), previsibilidade (*predictability*) e a proteção das expectativas das pessoas.

Neste caso, a doutrina dos precedentes contém, por hipótese, dois ingredientes heterogêneos: uma *norma de dever impositiva*, e uma *recomendação*.

A violação do dever afeta a validade do julgamento: ele pode ser apelado, e revertido, neste ponto. Uma vez que o dever tenha sido cumprido, entretanto, o julgamento é legal e válido, mesmo embora a recomendação não tenha sido seguida – e o juiz, por exemplo, cita o precedente, mas decide julgar em sentido contrário, sem justificar argumentativamente, após ter citado os precedentes relevantes.

Sistemas como esse são caracterizados pela relevância *de iure*, isto é, a um só tempo: *argumentativo e fraco*. A presença de um precedente relevante, mesmo que alguém esteja apontando para uma solução diferente daquela efetivamente acolhida pelo juiz atual, deve ser citada; mas o juiz não possui o dever de argumentar os motivos pelos quais deixa de seguir o precedente citado. A distinção tácita (*tacit distinguishing*) e a superação tácita (*tacit overruling*) são perfeitamente legais.

(4) **sistemas de relevância fortes argumentativamente**. Um sistema garante forte relevância argumentativa, *de iure*, aos precedentes judiciais, quando sua doutrina (de relevância externa) do precedente contenha as seguintes prescrições:

(4a) os juízes devem recuperar, e mencionar em suas decisões, qualquer precedente relevante;

(4b) os juízes devem seguir os precedentes relevantes, a menos que forneçam razões “*esmagadoras*”, “*sérias*”, “*boas*”, “*fortes*” e “*prevalecentes*” para se afastarem do precedente ou para afastá-lo (*overruling*).

Neste sistema, a doutrina do precedente contém, por hipótese, dois deveres. A violação de cada um deles afeta a validade da decisão, que pode ser apelada e revertida, por ambos os casos.

Nos termos do Círculo de Bielerfeld, este sistema seria, grosso modo, caracterizado como de “precedentes vinculantes suaves” (*softly binding precedentes*) – ou possivelmente, por *força persuasiva prevalecente*). Prefiro conceituar este tipo-ideal em termos de força dos precedentes fortemente argumentativos, *de iure*. Os precedentes impõem uma carga argumentativa aos juízes que deles querem se livrar (superação ou distinção): eles devem encontrar razões para apresentar uma *ratio decidendi* distinta, como sendo melhor, forte e mais adequada do que a anterior.

(5) **sistemas de força vinculante fraca.** Um sistema garante *força vinculante fraca*, ou uma derrotabilidade aberta em termos de relevância aos precedentes judiciais, sempre que sua doutrina (de relevância externa) do precedente contenha as seguintes prescrições:

(5a) os juízes devem recuperar, e mencionar em suas decisões, qualquer precedente relevante;

(5b) os juízes devem seguir os precedentes relevantes, mesmo que forneçam razões “*esmagadoras*”, “*sérias*”, “*boas*”, “*fortes*” e “*prevalecentes*” para se afastarem do precedente ou para afastá-lo (*overruling*).

(5c) os juízes podem, no entanto, deixar de seguir o precedente relevante, se o caso sob exame cair nas seguintes exceções pertencentes a uma lista aberta, que o juiz da causa por ele mesmo, contribuir para complementar (por exemplo, casos vagamente paradigmáticos, abertos à analogia e extensões a *fortiori*).

Na perspectiva do Círculo de Bielerfeld, como observamos acima (§5.2), duas situações são distinguidas – precedentes vinculantes derrotáveis e precedentes persuasivos derrotáveis – compartilhando com o precedente-holding o fato de estarem sujeitos a exceções, sejam elas bem definidas ou não.

Penso, entretanto, que numa perspectiva analítica de variados tipos e sistemas de relevância *de iure* dos precedentes judiciais, a situação onde um precedente-holding esteja sujeito a “exceções bem-definidas” deve cuidadosamente ser separado de situações em que ele esteja sujeito a “exceções não-bem-definidas”.

Para tornas as coisas mais tranquilas (mas, evidentemente o modelo pode ser tornado mais complexo e articulado, para ser mais realista), assumirei o seguinte: exceções para um precedente-holding são “bem-definidas” se (mas apenas se) elas forem um grupo fechado de palavras precisas. Contrário senso, exceções ao precedente-holding não serão bem definidas se (e apenas se) elas forem um grupo de palavras vagas e abertas.

A relevância argumentativa relaciona-se com a possibilidade de superação (*overruling* – tácito, onde é muito fraco ou fraco; e necessariamente explícito, onde é forte). Força vinculante tem a ver com a distinção (*distinguishing*, distinção-derrotabilidade, distinção-interna, exceção-distintiva), existente onde a superação (*overruling*) é formalmente excluída (como p. ex. por uma norma positiva como no 5b).

Agora, para qualquer efeito prático, há também a diferença entre a relevância argumentativa forte, e como iremos observar, uma força vinculante forte ou muito forte; a diferença, entretanto, aparenta ser um pouco obscura quando a relevância argumentativa forte é comparada com a força vinculante fraca. Adicionando algumas exceções por sua própria intervenção, o juiz pode chegar aquilo que ele não alcançaria através do *overruling*.

(6) sistemas de força vinculante forte. Um sistema garante *força vinculante forte*, ou uma derrotabilidade fechada em termos de relevância aos precedentes judiciais, sempre que sua doutrina (de relevância externa) do precedente contenha as seguintes prescrições:

(6a) os juízes devem recuperar, e mencionar em suas decisões, qualquer precedente relevante;

(6b) os juízes devem seguir os precedentes relevantes, mesmo que forneçam razões “*esmagadoras*”, “*sérias*”, “*boas*”, “*fortes*” e “*prevalecentes*” para se afastarem do precedente ou para afastá-lo (*overruling*).

(6c) os juízes podem, no entanto, deixar de seguir o precedente relevante, se o caso sob exame cair nas seguintes exceções pertencentes a um grupo fechado de palavras precisas.

A força vinculante dos precedentes, em sistemas deste tipo, é mais forte dos que o mencionado anteriormente; um juiz pode derrotar um precedente-holding se (e apenas se) a exceção detenha determinado conjunto: i.e., uma exceção a qual, por hipótese, eles não possam criar ou modificar (mas dentro das franjas inevitáveis da vagueza vindo juntamente com cada expressão da linguagem ordinária).

(7) sistemas de força vinculante muito fortes. Um sistema garante *força vinculante muito forte*, ou uma *força vinculante absoluta* em termos de relevância aos precedentes judiciais, sempre que sua doutrina (de relevância externa) do precedente contenha as seguintes prescrições:

(7a) os juízes devem recuperar, e mencionar em suas decisões, qualquer precedente relevante;

(7b) os juízes devem seguir os precedentes relevantes, mesmo que forneçam razões “*esmagadoras*”, “*sérias*”, “*boas*”, “*fortes*” e “*prevalecentes*” para se afastarem do precedente ou para afastá-lo (*overruling*).

(7c) os juízes devem observar e preservar os precedentes relevantes como não sujeitos a exceções de qualquer espécie.

(8) sistemas de relevância discricionária. Finalmente, um sistema *relevância-discricionária*, em termos de relevância aos precedentes judiciais, sempre que sua doutrina (de relevância externa) do precedente contenha a seguinte prescrição:

(8a) os juízes podem dar aos precedentes qualquer posição que eles achem apropriada para o caso – e.g., eles podem se sentir absolutamente limitados por algum precedente, ou considera-lo possuidor de alguma força vinculante fraca ou forte, ou mesmo considera-lo possuidor de força argumentativa forte, fraca ou muito fraca, e mesmo não atribuir nenhuma relevância qualquer que seja a decisão para os casos subsequentes.

Eu não sei se algum sistema legal é, ou algum dia tenha sido assim. Existem, no entanto, experiências jurídicas de práticas judiciais as quais, de um ponto de vista externo ou sociológico podem ser descritas como informadas pela doutrina da relevância discricionária, para os juízes assumirem isso, ou algo parecido com isso, como uma doutrina *de iure* em sua tomada de decisões.

Para concluir, eu gostaria de fazer três observações.

(1) as considerações acima podem ser tornadas mais complexas, através da adição (e combinação) dos ideais típicos de sistemas de precedentes, de relevância *de iure*, nas dimensões vertical e horizontal que mencionei anteriormente (§ 5.1).

(2) os sistemas acima descritos são tipos ideais. Isto significa que seus poderes explicativos e classificatórios sempre dependerão de ajustes para serem construídos sob a luz da experiência jurídica que será objeto de investigação.

(3) doutrinas do precedente, limitadas e demandantes, como possam ser no paper, sempre devem ser tomadas ao estilo “*salva interpretatione*”, isto é: contra um pano de fundo de técnicas interpretativas que juristas e juízes estão acostumados, e/ou utilizadas no sistema jurídico para identificação e relação de imagem com as razões de decidir que possuam valor de precedente.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Fabrícia de Castro. Sobre o ensaio “A obra de Arte na era de sua reprodutibilidade técnica”. **Cadernos Walter Benjamin n. 12**. ANPOF, 2014.
- ABUJAMRA, Antônio. **Narrativa Oral. Programa Provoações nº568** com o filósofo Renato Janine Ribeiro, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.
- ÁFRICA DO SUL. **Corte Constitucional da África do Sul**. Caso CCT 8/99, de 1º de abril de 1999. Disponível em: <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiirsi/20151116015606/SIRSI/0/520/S-CCT8-99>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.
- _____. **Corte Constitucional da África do Sul**. Caso “Government of the republic of south africa v. Grootboom”, “CCT 11/00”. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.
- ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: **El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección “El ensayo ibero-americano”, tomo I**. México: UNAM, 1993.
- ALEMANHA. **Corte Constitucional Federal da Alemanha. Caso “BvR 2926/13”**, disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/06/rs20140624_1bvr292613en.html>, acesso em: acesso em 11.11.2015.
- ALEXY, Robert. La Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos Nino. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 20, 1912.

- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- _____. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais** n. 920, 2012.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação: A crônica de um conceito**. Livraria do Advogado, 1997.
- ANTUNES, Fernando; TOSTES, Tancredo. **Razões de recurso apresentadas ao chefe do Poder Executivo pela Sociedade Anonyma Revista do Supremo Tribunal**. Rio de Janeiro, 1932.
- ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. **Pedido de vista é poder de veto**. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015.
- ARNOLD, Thurman W. **The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process**. Harvard Law Review, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Democratização da justiça: STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva**. Conjur de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.
- ARRUDA LUNA, André Henrique de. **Não Falarei de Hamurábi, mas espero que faça um plano de aula**. A pedagogia na graduação em Direito. Em: *Âmbito Jurídico*, XIII, n. 83, dez. 2010.
- ASSUMÇÃO, Jéferson. **Homem-massa: a filosofia de Ortega y Gasset e sua crítica à cultura massificada**. Porto Alegre: Editora Bestiário, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- _____. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, n. 9, dez. 2001.
- _____. **O Decreto 8.243 e a sociedade civil**. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. trad. de Tiago Lopes Mosci. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal, Êsse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BALZAC, Honoré. **A obra-prima ignorada**. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012.
- BARNET, Randy E. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Faber and Gerhardt. 90 **Minn. L. Rev.** 1232-1251, 2006.
- BAKER, J. H. **An Introduction to English Legal History**, Fourth Edition. Great Britain: The Bath Press, 2002.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição**. Revista Forense, n. 304, 1988.
- _____. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. Revista de Direito, Volume 19, 1976. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA1976.pdf>>, acesso em 13.04.2015.
- BARRET, John Q. **Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering**. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999.

_____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, v. 59, 2010.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Retrospectiva 2013: As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo. **Conjur**, 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinio-publica-constituicao-supremo>>, acesso em 26.12.2013.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial: Ativismo Judicial, 2015.

BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 **University of Chicago Law Review** 1146, 1985.

BAVARESCO, Agemir. Pragmatismo Semântico: Modelo, Estratégias e História do Projeto Filosófico de Robert Brandom. **COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia**, vol. 8, nº. 2, julho-dezembro, 2011.

_____; CARMO, Juliano Santos do. A Pragmática Normativa de Robert Brandom. **Rev. IX SAPPGFIL PUCRS**, 2012.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: Ensaios sobre literatura e história da cultura**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet, 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.
- BOECHAT RODRIGUES, Lêda. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Cíveis, Tomo I (1891-1898)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- _____. **História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963)**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BORGES, Jorge Luis. O Livro de Areia. In: **Obras Completas III**. São Paulo: Globo, 1999.
- BORJA, Célio. [Depoimento] *Setenta Anos de História & Memória (UERJ), 1935-2005*. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depCB.htm>>, acesso em: 06.04.2014.
- BORK, Robert. The Supreme Court as an Agent of Modern Liberalism. In: BORK, Robert. **Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline**. New York: harpers Collins, 2003.

_____. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law.** New York: the Free Press, 1990.

_____. **Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary,** Heritage Lectures, n 1147 (2008).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 4277, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão em 14/10/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 132, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão em 14/10/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 3510, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 29/05/2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 144, rel. min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 06/08/2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADC 30, rel. min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 16/02/2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** RE 636.359, rel. min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 03/11/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** PET 3388, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 19/03/2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ext 1085, rel. min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 18/11/2009.

- _____. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. 9428, rel. min. Cezar Peluso, Data do Julgamento: 10/12/2009.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 153, rel. min. Eros Grau. Data do Julgamento: 29/04/2010.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 12/04/2012.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3330, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 03/05/2012.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 130, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 30/04/2009.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4451, rel. min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 02/09/2010.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 15/06/2011.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. MS 20.916, rel. min. Carlos Madeira, Data do Julgamento: 11/10/1989.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. MS 26.603, rel. min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 04/10/2007.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3999, rel. min. Joaquim Barbosa, Data do Julgamento: 12/11/2008.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4086, rel. min. rel. min. Joaquim Barbosa, Data do Julgamento: 12/11/2008.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5081, rel. min. Roberto Barroso, Data do Julgamento: 27/05/2015.
- _____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010738-6, da 5ª Turma do TJDF, rel. Des. Lecir Manoel da Luz, DJ-e : 08/10/2009.

- _____. **Senado Federal**. Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal. 2009.
- _____. **Senado Federal**. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS N° 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011.
- _____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n° 166, de 2010 (n° 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados. 2014.
- _____. **Senado Federal**. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n° 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS N° 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014.
- _____. **Presidência da República (Planalto)**. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.
- _____. **Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso**. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.
- _____. **Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira**. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral: Estatísticas eleitorais 2014**. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.
- _____. **Ministério da Justiça. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.
- _____. **IBGE. População. Nota técnica**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

BRANDOM, Robert B. **Articulando Razões: uma introdução ao Inferencialismo**. Trad. Agemir Bavaresco e outros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

_____. Para a Reconciliação de Dois Heróis: Habermas e Hegel. Trad. Fernando Costa Mattos. **Novos Estudos**, 95, março de 2013.

_____. Hegel e a Filosofia Analítica. Trad. Italo Lins Lemos. **Revista Veritas**, v. 56, n. 1, 2011.

_____. Inferential Man: An Interview With Robert Brandom. **Symploké**, vol. 21n, n. 1, 2013.

BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. **Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009**. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.

BRUTAU, José Puig. **La jurisprudencia como fuente del derecho**. Barcelona: Bosch, 1951.

BRYAN, Amanda C. **Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court**. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012.

BURTON, Steven J. The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication. **Cardozo Law Review**, vol. 35, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada. **RePRO**, ano. 38, n. 221, jul., 2013.

_____. Estabilidade e Alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do Julgamento Alerta. Em: DANTAS, Bruno et al. (Org). **O Papel da Jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.

_____. Pré-Eficácia das Normas e a Aplicação do Código de Processo Civil de 2015 Ainda no Período de Vacatio Legis. **RePRO**, n. 246, 2015.

CALMOM DE PASSOS, J. J. [Palestra]. **Rede Educação**. Salvador, 2012.
Disponível em: <http://youtu.be/P1ELThIMD_M>, acesso em: 31.03.2015.

_____. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMOM DE PASSOS, J.J. **Ensaios e Artigos, v. I**. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã**. São Paulo: LTR, 2009.

_____. Há um novo moderno processo civil brasileiro? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 18, jun-ago./2009.

_____. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. **Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Diálogo e Alteridade**. Palestra proferida em 11.10.2008 na Associação Juizes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDs>>, acesso em 10.04.2015.

_____. **Depoimentos Magistrais**. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistras/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.

_____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista de Processo** nº 102, 2001.

_____. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela Jurisdicional das Liberdades. **Revista de Processo** nº 90, abr./1998.

_____. Cidadania Tutelada. **Revista de Processo** nº. 72, out./1993.

CALMON, Pedro. **O Rei filósofo: vida de D. Pedro II**. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938.

- CALVINO, Italo. **O Visconde Partido ao Meio**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CARMO, Juliano Santos do. Robert Brandom: Inferência Material e conteúdo conceitual. **Rev. intuitio**, v. 3, n. 2, 2010.
- CARVALHO, José Mauricio de. O conceito de circunstância em Ortega y Gasset. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, Volume 43, Número 2, p. 331-345, Outubro de 2009.
- CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Machado de Assis e o Problema Penal**. Salvador: UFBA, 1959.
- _____. **O Processo Penal de Capitu**. Salvador: Imprensa Regina, 1958.
- CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. **Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world**. New York, Routledge, 2008.
- CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá**. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Almedina, 2014.
- CHAER, Márcio. **Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem**, Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>>, acesso em 07.07.2014.
- CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal. **On The Philosophy of Precedent**. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social

Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

_____. Wiener Realism. In: GREEN, Leslie; GARDNER, John; DUARTE D'ALMEIDA, Luís. **Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

_____. **Diritti Umani, Sentenze Elusive, Clausole Ineffabili: Scritti di realismo militante**. Roma: Aracne, 2011.

_____. **Desencantos para abogados realistas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

_____. Bentham on Legal Order. In: TESSEAU, Guillaume. **The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on of The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence**. London: Routledge, 2014

_____. **Positivismo Giuridico: Una Investigazione Analitica**. Modena: Mucchi Editore, 2013.

_____. Positivismo Giuridico. In: VILLA, Vittorio; SCHIAVELLO, Aldo; PINO, Giorgio. **Filosofia del Diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo**. Torino: G. Giappichelli editore, 2009.

_____. **La Giurisprudenza Civile: Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative**. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. **Tecnica Dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Mulino, 2007.

_____. **Técnicas de Interpretación jurídica: Breviário para juristas**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. **L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen**. Torino: G. Giappichelli editore, 2009.

_____. Il precedente giudiziale: nozione, interpretazione, rilevanza pratica. lezione per il Seminario “**Metodologia nello studio della giurisprudenza**”, Dottorato di ricerca in Diritto Privato, Facoltà di Economia, Università di Genova, 22 giugno 2009.

- _____. The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart's Metaphilosophy of Law. **Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Número 5 Sección de Discusión / Discussion Topic, 2011.
- _____. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. *Analisi e diritto* 2004. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- _____. Entre formalismo y theological reading: Garzón Valdés, Francisco Suarez y la Interpretación de la Ley. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 30, 2007.
- _____. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, n° 21, Julio-Diciembre de 2001.
- _____. El Estado Laico Según Mater Ecclesia: Libertad Religiosa y Libertad de Conciencia en una Sociedad Democrática. **Isonomía** n° 27, Octubre, 2007.
- _____. A Tale from two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps. *Analisi e diritto* 2006. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- _____. Finzioni giudiziali: Progetto di voce per un vademecum giuridico. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- _____. L'ineluttabile scetticismo della scuola genovese. *Analisi e diritto* 1998. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 1999.
- _____. Codici interpretativi: Progetto di voce per un vademecum giuridico. *Analisi e diritto* 2002-2003. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 2004.
- _____. ¿Quién salvó a la Constitución? *Analisi e diritto* 1999. **Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini** - G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

- _____. Notas para un Análisis Silogístico del Discurso Judicial. **Doxa** 20 (1997)
- _____. Some Realism about Legislation, In: Brunet, P; Millard, P; Mindus, P; **Realist Conceptions of Legislation**. The Theory and Practice of Legislation, vol. 1, n° 1, June 2013.
- _____. **Un Baluarte de la Modernidad: Notas Defensivas sobre el Constitucionalismo Garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi. Un debate sobre el constitucionalismo. Monográfico revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. L'inescusabile Specismo del Mangiatore di tartare Divagazioni sui Diritti Degli Animali. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 5, vol. 7, jul. – dez, 2010.
- _____. Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale. **Revista diritto & questioni pubbliche - D & Q**, n° 9, 2009.
- _____. **L'interpretazione delle norme giuridiche**. Materiali per il Master Legislativo. Firenze, 2006.
- _____. Tres Buenos Filósofos contra las malas costumbres (Jurisprudencia Analítica y Teoría de la Costumbre). **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 31, 2008.
- CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 **Green Bag** 2D 17, 2013.
- CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª edição revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.
- CORÉIA DO SUL. **Corte Constitucional da Coréia do Sul**. 2004Hun-Na1(Mar 14, 2004), View: 7, disponível em:

<<http://english.ccourt.go.kr/cckhome/eng/decisions/majordecisions/majorList.do>>, acesso em 11.11.2015.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. **Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC**. Conjur de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandonar-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

CROMWELL, Godfrey. **Case Law and the Doctrine of Precedent. The British East-West Centre**. British Embassy Yerevan, 2006.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El Precedente en el Derecho Inglés**. Trad. M^a Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CUNHA FROTA, Pablo Malheiros. Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, n. 52, p. 81-99, 2010.

DAHL, Robert A. **How Democratic Is the American Constitution?** 2^a ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

DAMREN, Samuel C. Stare Decisis: The Maker of Customs. **New England Law Review**, vol. 35, 2000.

DARTON, Robert. **O grande massacre de gatos e outros episódios da história cultural francesa**. Trad. Sônia Coutinho. São Paulo: Paz & Terra, 2014.

DEWEY, John. **Experiência e Educação**. Coleção Cultura, Sociedade e Educação, volume 15. Trad. Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. **Os “assentos” (I)**. Tribuna do Norte, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo** n° 236, 2014.

_____. **Palestra de Abertura. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC**, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng300_o1J5w>, acesso em 12.04.2015.

_____. **Editorial 51**, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. **O Mundo torna a começar**. Discurso de paranínia. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf>, acesso em: 15.04.2015.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1998.00.2.002157-2, Relator Des. Getúlio Moraes Oliveira, julgamento em 29/09/1998, no Conselho Especial do TJDF.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

DORF, Michael C. Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. The Supreme Court 1997 Term. 112, **Harv. L. Rev.**, 1998.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **La Filosofía del Derecho**. 2ª Ed. México: FCE, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Bork Nomination. **The New York Review of Books**, Vol. 34, n 13. (1987).

_____. In Praise of Legal Theory. 29 **Ariz. St. Law Journal**, 353, 1997.

_____. Philosophy & Monica Lewinsky. **The New York Review of Books**. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000.

_____. **Posner's Charges: What I Actually Said**. Disponível em: <<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15.

ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, **Harvard Law Review** vol. 92, 1978.

ERENKRANTZ, Justin R. George **Carlin's Seven Dirty Words**. Disponível em: <<http://www.erenkrantz.com/humor/sevendirtywords.shtml>>, acesso em 30.08.2014.

ESKRIDGE JR, William N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 101 **Yale L. J.** 331, 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Kimble v. Marvel Entertainment LLC. 576, U. S. 17, 2015.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Marks v. United States, 430 U.S. 188, 193 (1977).

FACHIN, Luiz Edson. **Um País Sem Jurisprudência**. Texto Base do SJA do Prof. Pablo Malheiros, UniCEUB, enviado ao autor em 23 de junho de 2014. Mimeo.

FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting". **Marquette Law Review**, vol. 51, 1967.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **Supremo em números**. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

FALCÓN Y TELLA, María José. **La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FARBER, Daniel A. The Rule of Law and the Law of Precedents, 90 **Minn. L. Rev.** 1173, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia. 2 Teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011.

_____. **Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia. 1 Teoría del derecho**. Madrid: Trotta, 2011.

_____ (org). **Un debate sobre el constitucionalismo**. Monográfico revista Doxa, n. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 97-116.

_____. **A Democracia Através dos Direitos: o Constitucionalismo Garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana**. Trad. Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

_____. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. 8ª Ed. Roma: Laterza, 2004.

FERRAZ JR; Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2005.

FERREIRA NETO, Osly da Silva. **Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade**. Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008.

_____. **Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade**. Revista Evocati nº 32, 2008.

- FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FITZJAMES STEPHEN, James. **Liberty, Equality, Fraternity**. Second Ed. London: H. Elder & Co, 1874.
- FLETCHER, William A., Dissent, 39 **Golden Gate U. L. Rev.** 291, 2008.
- FONTAINHA, Humboldt. **Revista do Supremo Tribunal Federal: depoimento expositivo do Dr. Humboldt Fontainha perante a honrada Sub-Comissão de Sindicância neaeada, a seu pedido, pelo governo provisório, para rever o caso da Revista do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 1932.
- FORTAS, Abe. **Concerning Dissent and Civil Disobedience**. New York: The New American Library, 1968.
- FRANK, Jerome. **La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”: Algunas reflexiones sobre el Derecho ‘comparado’ y ‘contrastado’**. Trad. de José Puig Brutau. Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1957.
- _____. **Derecho e incertidumbre**. México: Fontamara, 2001.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. MAD – Metodologia de Análise de Decisões. **Universitas Jus**, n. 21, jul-dez., 2010.
- FRIEDMAN, Barry. **The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the Constitution**. New York: FSG, 2009.
- _____. The Wages of Stealth Overruling, 99 **Geo. Law. Journal**, 1, 2010.
- FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.
- FUMAROLI, Marc. [Prefácio]. In: PASCAL, Blaise. **A Arte de persuadir precedida de A Arte da Conferência de Montaigne**. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GALLOTTI, Luiz, “Pires e Albuquerque”. Em: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos**, Editado por Josaphat Marinho e Roberto Rosas, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25. Brasília: Ed. UnB, 1982.

_____. **[Discurso]**. In Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 4., 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 16 dez. Brasília: Diário Oficial da União, 1968.

_____. **[Discurso]**. In: Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1., 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados, Brasília: Diário da Justiça, 1969.

GAMBIER, Yves. Entrevista com Yves Gambier. **Cad. Trad. Florianópolis**, v. 35, n. 1, jan.-jun/2015.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México-DF: Fontamara, 1997.

_____. Em Nome da Constituição: O legado Federalista dois séculos depois. In: BORON, Atílio. **Filosofia Política Moderna: De Hobbes a Marx**. São Paulo: Clacso, USP, 2006.

_____. **La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

_____. **Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution**. New York: Oxford, 2013.

_____. **The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860**. New York: Cambridge University Press, 2010.

_____. **Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo**. Buenos Aires: Miño y Dávila eds., CIEPP, 1995.

_____. El Constitucionalismo en Sudamérica (1810-1860). **Revista Desarrollo Económico**, v. 43, n. 170, 2003.

_____. Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista de Teoria y Filosofia Política Clásica y Moderna**, v. 3, n. 4, 2013.

GERHARDT, Michael J. Super Precedent. 90 **Minn. L. Rev.** 1204 (2006);

_____. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. Non-Judicial Precedent. **Vanderbilt Law Review**, vol. 61, 2008.

GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the Australian legal system, in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

GINSBURG, Ruth. Lecture: The Role of Dissenting Opinions. **Minn. Law Review** Vol. 95, 2010.

_____. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. **Interview of Justice Ginsburg**. Ohio State Law Journal, v. 70, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário Internacional Contextualizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: Edição do Autor, 2013.

_____. **Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

_____. **A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965) - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Safe, 2006.

- _____. **Direito e História: Uma Relação Equivocada**. Londrina: Edições Humanidades, 2004.
- _____. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. **Revista do Curso de Mestrado em Direito**. Presidente Prudente, 2000.
- _____. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. **Direito & Literatura. Anatomia de um desencanto: Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato**. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____. **Direito, Literatura e Cinema: Inventário de Possibilidades**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas**, Brasília: versão do autor, 2015 (mimeo).
- _____. Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual. **Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)**, v. 82, p. 45-79, 2013.
- _____; ROCHA, E. P. Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas tecnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales. Universidad Complutense de Madrid. España. **Anuario de Derechos Humanos**. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010.
- _____. **Igualdade e desigualdade no Processo Civil: o processo como técnica compensatória de desigualdades sociais**. 2008. 500f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.
- _____. Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, n. 2, p. 55-91, enero-junio, 2006.

- _____. **Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. Revista de Processo**, v. 142, p. 137-167, 2006.
- GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoria del ensayo. Em: **El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección “El ensayo iberoamericano”**, tomo I. México: UNAM, 1993.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HART, H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. Em: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, vol. 49, p. 171-194, 1949.
- HEIRBAUT, D; GERKENS, J.F. In the shadow of France. Legal acculturation and legal transplants in the southern Netherlands/Belgium, in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux; IDHID, 2009.
- _____. **La reinvencción de los derechos humanos**. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- _____. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. **Revista de Estudios Políticos** (Nuova Epoca), n. 45, mayo-junio, 1985.
- _____. **Los Derechos Humanos desde la escuela de Budapest**. Madrid: Tecnos, 1989.
- _____. Utopia, Fundamentalismo y espíritu utópico. Em: **El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección “El ensayo iberoamericano”**, tomo I. México: UNAM, 1993.
- _____. **Presupuestos básicos para educar en Derechos Humanos. El “Diamante ético”**. Em: Suplementon, p. 16-20, de Andalucía Educativa, Año III, n. 16, septiembre de 1999.

- _____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal.** Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- _____. La riqueza humana como criterio de valor. Crítica jurídica - **Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho** n. 21, 2002.
- _____. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. Em: **La globalización y los derechos humanos. IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos,** Sevilla, 2003.
- _____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Tres mecanismos de funcionamiento del Patriarcalismo: Política, Derecho y Espacio Social Ampliado. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. **De “habitaciones propias” y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales.** Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005.
- _____. **La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos.** Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.
- _____. La Construcción de las Garantías. Hacia una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. **Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.** Ano 2, n. 2, dez.-2006. Porto Alegre: CORAG, 2006.
- _____. **O nome do riso. Um breve tratado sobre arte e dignidade.** Trad. Nilo Kaway. Florianópolis: CESUSC/Bernúncia, 2007.
- _____. Neoconservadurismo <<versus>> derechos humanos: la construcción de la dignidad. A propósito del debate sobre la <<seguridad humana>>. Em: **De los derechos y la seguridad humana, de tod@s o de nadie.** N. 5. Bilbao: PTM mundubat, 2007.

_____. Entrevista: A reinvenção dos Direitos Humanos. **Constituição & Democracia**, UnB-SindjusDF, junho de 2008.

_____. La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 1, p. 103-, junho/2008.

_____. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Diez bases para la producción contemporánea de los derechos: el caso de los pueblos indígenas en aislamiento autónomo. **Crítica y Emancipación - Revista Latinoamericana de ciencias sociales**. Clacso. Año n. 7, p. 159-176, primer semestre 2012.

_____. La democracia en processo participativo: principios, fundamentos y requisitos. Aula de Derechos Humanos “José Carlos Mariategui” de la UPO, p. 87-115. Em: **La pedagogía de la decision: Aportaciones teóricas y prácticas a la construcción de las Democracias Participativas. Construyendo ciudadanía - 10**. Sevilla: CIMAS, s/d, mimeo.

_____. **Los Derechos humanos: una visión crítica**. s/d. Mimeo.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Em: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. **Journal of Law & Policy**, v. 4, pp. 261-287, 2000.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HUNGRIA. **Corte Constitucional Húngara**. caso “HUN-2013-1-003”. Disponível em: <<http://www.mkab.hu/case-law/translations>>, acesso em: acesso em 11.11.2015.

HUSA, Jaakko. Legal Families. **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, pp. 382-393, Jan M. Smits, ed., Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006.

HUTCHINSON, Allan C. Indiana Dworkin and Law's Empire. **The Yale Law Journal**, v. 96, 1987.

INTERNACIONAL. **Corte Europea de Derechos Humanos**. Oliari et all v. Italy, 21/10/2015, disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265#{"itemid":\["001-156265"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265#{)>, acesso em 11.11.2015.

ITÁLIA. **Corte Constitucional Italiana**. Judgment nº. 138 year 2010, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2010138_Amirante_Criscuolo_EN.pdf>, acesso em 11.11.2015.

JAPÃO. **Suprema Corte Japonesa**. Caso 2013 (Kyo) 5, disponível em: <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1212>, acesso em 11.11.2015.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei: Um Estudo Sobre Teologia Política Medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KEANE, John. **Vida e Morte da Democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELLY, Octavio. **Esthetica do Direito: Ensaio**. Rio de Janeiro: Papelaria Globo, 1927.

KENNEDY, Duncan. How the Law School Fails: A Polemic. 1 **Yale Review of Law & Social Action** 71, 1970.

KRAMER, Larry. Foreword: We the Court. The Supreme Court 2000 Term. 115, **Harv. L. Rev.**, 5, 2001.

_____. **Constitucionalismo popular y controle de constitucionalidad**. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

- _____. We The Court. **Harvard Law Review**, vol. 115, 2001.
- LACERDA, Rodrigo. **A República das Abelhas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013
- LAIN, Corinna Barret. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Journal**, vol. 101, 2012.
- LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. **Para una reconceptualización. Colección “El ensayo iberoamericano”**, tomo I. México: UNAM, 1993.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **Memória jurisprudencial: Ministro Oroszimbo Nonato**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- LEE, Youngjae. Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, 2005.
- LEVIN, Hillel Y. The Food Stay in the Kitchen: Everything I Needed to Know About Statutory Interpretation I Learned by the Time I Was Nine. **Green Bag 2D**, Vol. 12, 2009.
- _____. A Comida Fica na Cozinha: Tudo que eu Precisava saber sobre a Interpretação de um Estatuto eu aprendi quando tinha 9 anos. trad. Thiago Aguiar de Pádua, Ana Caroline Pereira Lima e Jefferson Carús Guedes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 4, n. 1, jan-jun, 2014.
- LEVY, Beryl Harold. Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 109, n. 1, 1960.
- LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana**. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.
- LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent I, 46 **Law Quarterly Review** 207, 1930.

_____. The History of Judicial Precedent II, 46 **Law Quarterly Review** 341, 1930.

_____. The History of Judicial Precedent III, 47 **Law Quarterly Review**, 411, 1931.

_____. The History of Judicial Precedent IV, 48 **Law Quarterly Review** 230, 1932.

LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. (Org). **O Supremo Tribunal de Justiça do Brasil Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.

LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Da jurisprudência como direito positivo. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 66 (1971).

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann e Vera Jacob. **Revista da AJURIS**, n. 49, jul., 1990.

LYRA FILHO, Roberto. **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Editora obreira, 1981.

- MACCORMICK, N. **Legal Reasoning and Legal Theory**, Claredon Press, 2003.
- _____; SUMMERS, Robert S. **Interpreting statutes: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO, Ana Mara França; PÜSCHEL, Flávia Portella; LUZ, Yuri Corrêa da Luz. Três Reações a um panfleto de Duncan Kennedy. **Revista DireitoGV**, v. 2, n. 2, jul.-dez., 2006.
- MADDEX, Robert L. **Constitutions of the World**. 3ª Ed. Washington, D. C.: CQPress, 2008.
- MAKLOUF CARVALHO, Luiz. Data Venia, o Supremo, **Revista Piauí**, Edição 47, Agosto de 2010.
- _____. O Supremo, quousque tandem?”, **Revista Piauí**, Edição 48, Setembro de 2010.
- MALLARMÉ, Stéphane. **Poème: Un Coup de dés jamais n'abolira le hasard**. Disponível em: <<https://math.dartmouth.edu/~doyle/docs/coup/scan/coup.pdf>>, acesso em 20.08.2015.
- MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 101, 2006.
- MÁLISHEV, Mijail. Ensayo: el origen y la esencia del género. Em: El ensayo en nuestra América. **Para una reconceptualización. Colección “El ensayo iberoamericano”**, tomo I. México: UNAM, 1993.
- MARGOLICK, David; et al, “**Vanity Fair: The Path to Florida**”, Truthout, December16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, Disponível em: <<http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>>, acesso em: 07.07.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais**. Conjur de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____. Elaboração dos conceitos de Ratio Decidendi (Fundamentos Determinantes da Decisão) e Obiter Dictum no Direito Brasileiro, in: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARKHAM, James. "Against Individually Signed Judicial Opinions", **Duke Law Journal**, vol. 56, (2006).

MAROLDI, Marcelo Masson. **Um Estudo Sobre o Racionalismo Inferencialista**. 2013. 157f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na Práxis Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**. Edição bilíngue (português/inglês). Tradução e notas de Vera Silvia Camargo. São Paulo: Editora Landmark, 2012.

MENAND, Louis. **The metaphysical club**. New York: Farrar, Straus and Girous, 2001.

- MENDONÇA, Eduardo. A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático. Em: SARMENTO, Daniel (org). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Suplemento: Dissertações de Alunos – VII, Lisboa: 1968.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 56, n. 2, 1961.
- MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, **American Bar Association Journal**, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952)
- MORAIS, Fausto dos Santos. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013, 346f. Tese (Doutorado) - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013.
- MÓSCA, Hugo. **O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje**. 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.
- MOTTIER, Véronique. Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. **Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world**. New York, Routledge, 2008.
- MUÑOZ, Francisco A.; HERRERA FLORES, Joaquín; RUEDA, Beatriz Molina; FERNÁNDEZ, Sebastián Sánchez. **Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía**. Andalucía: Editorial Universidad de Granada, 2005.

- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? **Vanderbilt Law Review**, vol. 62, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. **The portable Nietzsche**. Reprint of the 1954 ed. Selected, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988.
- NINO, Carlos Santiago. **La Constitucion de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.
- _____. La Filosofia del control judicial de constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 4, 1989.
- NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____; SEVERO, Alípio. **Democracia sem Democratas**. Brasília: Letraviva, 2004.
- _____; SEVERO, Alípio. **Democracia dos Autocratas**. Brasília: Edições Dédalo, 2003.
- NOLETO, Mauro Almeida. **Memória jurisprudencial: Ministro Epitácio Pessoa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.
- NUNES, Jorge Amauri Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Segurança Jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, v. 6, 2007.

NUNES PEREIRA, Ruitemberg. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n 4, 2012.

_____. **A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos**. 2014. 634f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de pós-Graduação em Direito do UniCEUB, Brasília, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurábi. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. Em: Sua Excelência o comissário e outros ensaios sobre Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Trad. Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano Ltda, 1967.

_____. ORTEGA Y GASSET, José. ¿Qué Es Filosofía? Em: **Obras completas, vol. VIII**. Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983.

OSHO. **A Flauta nos lábios de Deus: o significado oculto dos evangelhos**. Trad. Marcos Malvezzi Leal. Campinas: Versus, 2010.

OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da Violência Argumentativa - Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitória. **Civil Procedure Review**, Vol. 5, No. 2: 73-142, May-August, 2014.

_____. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 5, Número Especial: Ativismo Judicial, 2015.

- _____; GUEDES, Jefferson Carús. Algumas Reflexões sobre a limitações constitucionais e as linhas de força do Impedimento Presidencial: o Caso Sul-Coreano de 2004. **Revista da AGU**, 2015 (*no prelo*).
- _____; BRAGANÇA FERREIRA, Fabio Luiz; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges. A Outra Realidade: o Panconstitucionalismo nos Istaites. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015.
- PAIM, Antonio. **Momentos decisivos da história do Brasil**. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014.
- PARISE, Agustín. Legal transplants and codification: exploring the north american sources of the civil code of Argentina (1871), in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Legal Culture and legal transplants**. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.
- PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. **Charleston Law Review**, vol. VII, 2012.
- _____; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. **Depaul Law Review**, vol. 58, 2008.
- _____; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. **Albany Law Review**, vol. 71, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historiográficos de la filosofía del Derecho. Em: ALONSO, Fernando H. Llano; SÁENZ, Alfonso Castro (Org.). **Meditaciones sobre Ortega y Gasset**. Madrid: Editorial Tébar, 2005.
- PIETY, Tamara R. Something Fishi: or why I make my students read Fast-Fish and Loose-Fish. **Vermont Law Review**, Vol. 29, Vt. L. Rev. 33, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIRES E ALBUQUERQUE, A. **Culpa e Castigo de um Magistrado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972.

_____. **Culpa e Castigo de um Magistrado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

PORTER, Eleanor. **Pollyanna**. São Paulo: Scipione, 2001.

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

_____. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press, 2001.

_____. **El análisis económico del Derecho**. Trad. Eduardo Suárez. 2ª Ed. México: FCE, 2007.

_____. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. **Legal Affairs**. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication**. 63 N.Y.U. Ann. Sur. Am Law 9, 2007.

_____. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. **Harvard Law Review** vol. 119, 2005.

_____. Conceptions of Legal ‘Theory’: A response to Ronald Dworkin. 29. **Ariz. St. Law Journal**, 379, 1997.

_____. An Affair of State: An Exchange. **The New York Review of Books**. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000.

_____. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. 94 **Nw. U. Law Review**, 1023, 2000.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, 2007.

PRADO, Daniel Nicory do. **Aloysio de Carvalho Filho: Pioneiro nos estudos sobre “Direito e Literatura” no Brasil?** In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o COMPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2008.

RAPP, Cynthia; DAVIES, Ross E.; MATETSKY, Ira Brad (Orgs). **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2009 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1887, 1892, 1896, 1906, 1914, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960 and 1961.** Vol. 4, part. 6, Washington: Green Bag Press, 2011.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2007 and 2008 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1854, 1887, 1891, 1906, 1909, 1910, 1912, 1913, 1914, and 1915.** Vol. 4, part. 5, Washington: Green Bag Press, 2010.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2006 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1945, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1953, 1955, 1959 and 1961.** Vol. 4, part. 4, Washington: Green Bag Press, 2007.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2005 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1852, 1861, 1888, 1914, 1936, 1937 and 1942.** Vol. 4, part. 3, Washington: Green Bag Press, 2006.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 2004 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1941, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1949, 1950, 1955 and 1965.** Vol. 4, part. 2, Washington: Green Bag Press, 2005.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1999 Term through 2003 Term, and previously unpublished or uncollected in chambers opinions from 1853,**

1861, 1912, 1945, 1946 and 1952. Vol. 4, part. 1, Washington: Green Bag Press, 2004.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1979 Term through 1998 Term.** Vol. 3, Washington: Green Bag Press, 2004.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1967 Term through 1978 Term.** Vol. 2, Washington: Green Bag Press, 2004.

_____. **In Chamber Opinions by the Justices of the Supreme Court of the United States, covering the 1925 Term through 1966 Term.** Vol. 1, Washington: Green Bag Press, 2004.

RABASSA, Gregory. **If This Be Treason: Translation and its dyscontents, A MEMOIR.** New York: New Directions Books, 2005.

RABELAIS, François. **Gargantua e Pantagruel.** Grandes Obras da Cultura Universal, vol. 14, tradução de David Jardim Júnior. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

RESNIK, Judith. Precluding Appeals, **Cornell Law Review**, vol. 70, 1985.

RIBEIRO SANTOS, Vilson. **O Homem e Sua Circunstância: Introdução à Filosofia De Ortega Y Gasset.** Revista Metanoia, São João del-Rei, n. 1, p. 61-64, jul. 1999.

ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito. **Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul**, Ano 4, n. 4, 2010

ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUES, Nelson. **Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.

_____. **Direito Comparado: Magistrado não pode atuar como um “juiz do povo”**. Conjur, 9.01.2013.

RONAI, Paulo. **Escola de Tradutores**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.

ROSAS, Roberto. Jurisprudência. Súmula. Direito Sumular. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, ano 18, n. 21, p. 137-140, jan-jun/2002.

ROUX, Theunis. Understanding Grootboom - A Response to Cass Sunstein. **Forum Constitutionel**, v. 12, n. 2, 2002.

ROVER, Tadeu. **Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico**. Conjur de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.

RUFINO DO VALE, André. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. 420f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

_____. **Observatório Constitucional: É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Conjur de 1 de fevereiro de 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>, acesso em 23.11.2015.

_____. **Observatório Constitucional: Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes**. Conjur de 1 de agosto de 2015,

disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>>, acesso em 23.11.2015.

_____. **Entrevista: Mudança de Modelo “Supremo Tribunal Federal deveria voltar a ter discussões prévias”**. Conjur de 13 de setembro de 2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-13/entrevista-andre-rufino-vale-doutor-direito-procurador-federal>>, acesso em 23.11.2015.

SACKS, Albert M. Foreword - Supreme Court 1953 Term. 68, **Harv. L. Rev.** 96, 1954.

SÁNCHEZ, Juan Escámez. **Ortega y Gasset**. Trad. José Gabriel Perissé. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Tribunais e os Portugueses. Em: **A cor do tempo quando foge: uma história do presente (Cônicas 1986-2013)**. São Paulo: Cortez, 2014.

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Oficina do Centro de Estudos Sociais n° 65, 1995.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, 1962.

SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). **Law and Defeasibility**. Oxford University Press, 2010.

_____. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. **Current Legal Problems. MDA, Freeman**, vol. 48, 1998, p. 223-240;

_____. Exceptions. **University of Chicago Law Review**, vol. 58, 1991.

SCHLAG, Pierre. **The Enchantment of Reason**. Durham: Duke University Press, 1998.

_____. Span Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art. **97 Geo. L. J.** 803, 2009.

- SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. **King's Law Journal**, Volume 16, Number 2, 2005.
- SESMA, Victória Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014.
- SILVA SOARES, Guido Fernando. Abstração e sistematização na Iurisprudencia Romana. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 97 (2002).
- SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. **Geo. Mason L. Rev.**, vol. 14:2, 2007.
- SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010.
- _____. **A Farsa do Neoliberalismo**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.
- STEWART, David O. A Chorus of Voices, **American Bar Association Journal**, vol. 77, nº 50, (1991).
- STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **[Entrevista]. Deontologia do Direito. Direito não pode ser corrigido por valores morais**. Conjur, 2 de abril de 2012.
- _____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. Em: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (orgs).

Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

_____.; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. [Entrevista]. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 81, n. 4, ano XXIX, out.-dez, 2011.

_____. À guisa de apresentação – O Lugar da Decisão Judicial: Interpretar para compreender ou Compreender para Interpretar?, in: MARRAFON, Marco Aurélio. **O Caráter complexo da decisão em matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 52, jan./jun., 2008.

_____. [Entrevista]. **Previsibilidade e Segurança: “Fundamentação de decisões vai diminuir drasticamente número de ações”.** Conjur de 30.05.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>, acesso em 30.05.2015.

_____. **O Realismo Jurídico ou “quando tudo pode ser inconstitucional”**, Conjur de 2.01.2014.

_____. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: **Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico**, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Conjur de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015.

_____. **Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Conjur de 18.12.2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. **Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Conjur de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. **Ganhos Para o Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!** Conjur de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. **Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas.** Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

_____. **As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

_____. **Poder aos Juizes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil.** Conjur de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

_____. **Entrevista: Direito Sumular.** Carta Forense de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015.

_____; TRINDADE, André Karam. O Direito e suas ficções. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.) **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Senso Incomum: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.** Conjur de 15.11.2012.

_____. **Senso Incomum: Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?** Conjur de 28.08.2014.

_____. **Senso Incomum: O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância?** Conjur de 22.05.2014.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting statutes: a comparative study.** Aldershot: Ashgate, 1997.

SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa**, 11:4 Const. For. 123, 2001.

_____. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. **Journal of Institutional Economics**, 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TARUFFO, Michele. Judicial Rulings with Prospective Effect in Italy. In: STEINER, Eva. **Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions – Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law**, vol. 3, London: Springer, 2015.

TAVARES, Gonçalo. Breves Notas Sobre o Poder, em: Poder, **GRANTA Revista Semestral**, nº 2. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013.

_____. **O Senhor Swedenborg e as investigações geométricas.** Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2011.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Palavras do amigo aos estudantes de Direito.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

- _____. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 58, 1963.
- _____. Pronunciamento. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 63, 1968.
- _____. Carta aos brasileiros. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 72, 1977.
- _____. Uma estória para a história. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 95, 2000.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: Discurso, Imaginário e Normatividade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. **Columbia Law Review**, v. 57, n. 3, 1957;
- TUROW, Scott. **One L**. New York: Warner Books, 1998.
- TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. The Project of the Harvard Forewords: A social and intelectual inquiry. **Constitutional Commentaty**, vol. 11, 1994.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.
- VELLOSO, Adolfo Alvarado. Reflexiones Criticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. **Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, 1991.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do Modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. **Revista de Informação Legislativa**, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986.

WADE, John. **The Black Book: An Exposition of Abuses in Church and State, Courts of Law, Municipal Corporations, and Public Companies**. London: Effingham Wilson, Royal Exchange, 1835. Disponível em: <http://www.davidmhart.com/liberty/EnglishClassicalLiberals/Wade/Wade_1835BlackBook-bw.pdf>, acesso em 19.06.2014.

WAGNER, Francisco Sosa. **Juristas y enseñanzas alemanas I (1945-1975): Con lecciones para la España actual**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. **Maestros alemanes del Derecho público**. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, J. Foreign Law and the Modern Ius Gentium, 119 **Harvard Law Review**. 129, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático**. Conjur de 02.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum**. Conjur de 27.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

_____. **Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’**. Conjur de 13.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

- WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. **The Justice System Journal**, vol. 20, n. 1, 2008.
- WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 137, 1989.
- WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 162, n. 7, jun./2014.
- WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. **Geographical Review** Vol. 19, No. 1, Jan., 1929.
- WOODWARD, Bob; et al. **The Brethren: Inside the Supreme Court**. New York: Simon and Schuster, 1979.
- XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação Constitucional e Precedentes Judiciais**. 2015. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- XIMENES, Julia Maurmann; SILVA, Larissa (Coord.). **Ensinar direito o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 29, Number 1, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Madrid: Trotta, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o Novo Código De Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de Racionalidade e a Negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 235, 2014.

- _____. **A Constitucionalização do Processo: O modelo Constitucionalista da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição.** 2ª Ed. Revista, Ampliada e Alterada. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: *Juspodivm*, 2015.
- _____. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Verdade e Magister Dixit. **RePRO** v. 228, 2014.
- _____. Brasil: Um país de “Common Law”? As Tradições Jurídicas de “Common Law” e “Civil Law” e a Experiência da Constituição Brasileira como Constitucionalismo Híbrido. Em: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA, Roberto. **Pontes de Miranda e o Direito Processual.** Salavador: Juspodivm, 2013.
- _____. Notas sobre o Processo Coletivo e os Casos Repetitivos no Sistema do Novo CPC/2015: Comentários ao art. 928. **Revista Forense**, v. 421, ano 111m 2015.
- ZOBELL, Karl M. Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration. In: **Cornell Law Quaterly Review**, vol. 44, 1959.