

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO

DOCUMENTO DE TRABALHO

Como citar:

DANTAS DE ARAÚJO, Felipe. Godos no Supremo: Seriatim vs. Integridade. Documento de trabalho. Obtido em:

<http://www.direitoeliberalismo.org/wp-content/uploads/2012/04/Godos-no-Supremo-Seriatim-x-Integridade.pdf>

GODOS NO SUPREMO: *Seriatim* vs. Integridade

Artigo apresentado ao Prof. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, por ocasião da conclusão da disciplina Bases Sociais do Estado Contemporâneo do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Brasília

Maior – 2009

SUMÁRIO

Introdução	1
Introdução	1
Introdução	1
1 Dworkin e Integridade	4
2 Como Decide um Tribunal – A Regra de Redução Argumentativa	10
3 SCOTUS – De Seriatim a Opinion of the Court	12
4 Godos – Mas Não Apenas no STF... ..	23
Conclusão	39
Conclusão	39
Conclusão	39
Referências	44

LISTA DE QUADROS

QUADRO I – Concepções do direito para Dworkin	7
QUADRO II – Modelos de comunidade para Dworkin e concepções do direito correspondentes	9
QUADRO III – Percentual no tempo de <i>opinions</i> com <i>dissents</i> na SCOTUS	17
QUADRO IV – Resultado e fundamentos explícitos/implícitos do RE 66343/SP	37
QUADRO V – Comparação da regra de redução argumentativa SCOTUS x STF, sob os critérios da integridade procedimental	41

RESUMO

O artigo adota como referencial teórico a teoria do direito como integridade de Dworkin e demonstra que, ao lado de um componente tradicionalmente enxergado em seu matiz material, existe um componente processual relevante nessa teoria, pelo menos tão relevante a ponto de ser possível concluir que as decisões de um tribunal não promovem a integridade se não se adequarem aos padrões procedimentais exigidos por tal componente. O artigo propõe o conceito de regra de redução argumentativa, que é uma regra discursiva, expressa em termos de direito processual ou adjetivo, que faz a ligação argumentativa entre a opinião individual dos juízes que compõem um tribunal e a decisão emitida por esse tribunal. Analisa-se um componente do direito processual brasileiro que possui relevante papel na construção e no efeito de decisões judiciais: decisões em *seriatim*, prática segundo a qual os votos de cada juiz de um tribunal são proferidos individualmente, um após o outro. Conclui o artigo que o manejo desse componente na nossa prática jurídica judicial não se coaduna com a integridade enquanto virtude, e que, no futuro, a contínua evolução do STF deixará de se fixar apenas no conteúdo dos julgados, e a forma de decidir, a regra de redução argumentativa por ele adotada, evoluirá para um modelo mais atualizado, e que atenda as exigências de incremento da racionalidade e legitimidade argumentativa das suas decisões.

ABSTRACT

The article adopts as theoretical reference the Dworkin's theory of law as integrity and demonstrates that, next to a component traditionally seen as substantial, there is a procedural component relevant in this theory, at least as relevant as far to conclude that the decisions of a court will not promote integrity if they are not suitable to the procedural standards required by that component. The article proposes the concept of rule of argumentative reduction, which is a discursive rule, expressed in terms of adjective or procedural law, and that makes the connection between the argumentative opinions of individual judges who compose the court and the decision issued by that court. A component of the Brazilian procedural law which have important role in the construction and effect of judgments is therefore analyzed: opinions in *seriatim*, where the opinions of each judge of a court are set individually, one after another. The article concludes that the management of this component in the Brazilian legal practice is not consistent with judicial integrity as a virtue, and that in future, the continuing evolution of the Brazilian Supreme Court will be set not only in the substantive aspects of its cases, and the forms of decision, the rule of argumentative reduction adopted by this court, will evolve to a more updated model, that meets the requirements of increasing the argumentative rationality and legitimacy of its decisions.

Introdução

*(...) since there the bravest
formed apart and stood against the Trojans and brilliant Hektor
locking spear by spear, shield against shield at the base, so buckler
leaned on buckler, helmet on helmet, man against man,
and the horse-hair crests along the horns of their shining helmets
touched as they bent their heads, so dense were they formed on each
other,
and the spears shaken from their daring hands made a jagged battle line.*
(Ilíada, trad. R. Lattimore, Livro 13, 128-135)

Um espirituoso ensaio, intitulado “*The Supreme Court Phalanx*”, foi publicado em 2007 pelo jusfilósofo Ronald Dworkin. Nesse ensaio, ele descreve como os dois *justices* apontados pelo presidente Bush, *justice* Roberts e *justice* Alito, uniram-se aos *justices* Scalia e Thomas para formar uma “falange direitista”. O autor usa o termo *phalanx*, “falange”, como uma alegoria para o que ele considera um movimento planejado e concertado, dos *justices* que formam a *right-wing* da Suprema Corte dos EUA, para “refazer o direito constitucional ao negar, freqüentemente de maneira sorrateira, as doutrinas constitucionais centrais construídas por gerações passadas de *justices*, tanto liberais quanto conservadores” [Tradução nossa]¹.

No decorrer do artigo, Dworkin enumera e discute uma série recente de casos, demonstrando que a *right-wing phalanx* se dedica a um manejo tendencioso de princípios, de acordo com a importância econômica do litigante². Isso representaria uma quebra na **integridade** no sistema, vez que tal falange não seria guiada nem por ideologias políticas ou princípios jurídicos conservadores, mas sim por lealdades partidárias, culturais e religiosas – em suma, nas cáusticas palavras do próprio Dworkin, a falange seguiria, ao invés, a *Fox News*. Detenho-me por aqui na menção ao ensaio. Não farei uma revisão ou aprofundamento do “*The Supreme Court Phalanx*”: meu objetivo neste artigo não é analisar o conteúdo de decisões da Suprema Corte estadunidense, nem as tendências políticas dos *justices* que a integram. Todavia, o ensaio servirá como pano de fundo, como um cenário, no qual tentarei apresentar o enredo que constitui o conteúdo deste artigo: uma análise, sob o

¹ [...] *an unbreakable phalanx bent on remaking constitutional law by overruling, most often by stealth, the central constitutional doctrines that generations of past justices, conservative as well as liberal, had constructed.*

² *It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events.*

prisma da teoria jurídica de Dworkin, do procedimento argumentativo mediante o qual o Supremo Tribunal Federal produz suas decisões.

Quais são, então, os elementos que se destacam no cenário escolhido, e que merecem algumas considerações adicionais nesta introdução? O título deste artigo, e o enunciado de seu objetivo no final do último parágrafo acima, tornam desnecessárias maiores divagações quanto a quem são os atores do nosso enredo: os *justices* da Suprema Corte (SCOTUS³) têm um papel importante, mas os protagonistas (e antagonistas) são os ministros do nosso Supremo Tribunal Federal (STF). Ambos, *justices* e ministros, foram escolhidos como atores devido ao seu papel de integrantes das respectivas supremas cortes. Os ministros são nossos protagonistas, vez que, obviamente, o objeto da análise deste artigo é a análise procedimental da atuação do STF. Mas a importância do papel dos *justices* decorre não só da sua presença como atores no ensaio de Dworkin escolhido como nosso pano de fundo, mas também porque, e aprofundarei melhor esse ponto mais à frente, a teoria de Dworkin é largamente fundada em conceitos e práticas do *common law* e isso possui algumas conseqüências quando escolhemos tal teoria como prisma da nossa análise.

Para tratar, no parágrafo seguinte, dos personagens que nossos atores representarão, precisamos tratar antes de um elemento que se espraia por todo o cenário, e que será um dos fios condutores, senão o fio condutor, do enredo: **integridade**. No “*The Supreme Court Phalanx*” somos expostos a uma breve consideração a respeito. Segundo o autor, os tribunais inferiores devem respeitar decisões de cortes superiores que eles não podem negar, mas que foram isoladas por doutrinas supervenientes, fazendo com que essas decisões das cortes superiores, não obstante sejam respeitadas, devam ser interpretadas de forma mais restritiva. Entretanto, para a SCOTUS o *stare decisis* – respeito pelo precedente – “significa algo mais profundo e importante. Significa respeito não pelo sentido estrito de casos anteriores, considerados unitariamente, mas sim pelos princípios que justificam tais decisões [Tradução nossa].⁴” O enunciado de integridade em “*The Supreme Court Phalanx*”, muito embora não seja substancialmente distinto dos enunciados expostos pelo autor em outras obras, é formalmente construído a partir de um outro aspecto da integridade. Refiro-me ao que vou oportunamente definir como **integridade procedimental**. É verdade que Dworkin é mais conhecido pela sua extensa teorização quanto a direitos substantivos ou materiais, expressos sob a forma de princípios (a maioria dos exemplos por ele utilizados em suas obras

³ Do acrônimo Supreme Court Of The United States

⁴ *But for the Supreme Court stare decisis — respect for precedent — means something deeper and more important. It means respect not for the narrow holding of earlier cases, one by one, but for the principles that justify those decisions.*

tratam de direitos materiais), mas o enredo deste artigo reserva um papel, uma abordagem mais processual para a teoria do direito como integridade. Pretendo demonstrar que, ao lado de um componente tradicionalmente enxergado em seu matiz material, existe um componente processual relevante no pensamento de Dworkin, pelo menos tão relevante a ponto de ser possível concluir que as decisões de um tribunal não promovem a integridade se não se adequarem aos padrões procedimentais exigidos por tal componente. Mais especificamente, neste artigo pretendo analisar um componente do direito processual brasileiro que possui relevante papel na construção e no efeito de decisões judiciais: decisões em *seriatim*, prática segundo a qual os votos de cada juiz de um tribunal são proferidos individualmente, um após o outro. E, a partir dessa análise, sob o prisma da teoria de Dworkin, concluirei que o manejo desse componente na nossa prática jurídica judicial não se coaduna com a integridade enquanto virtude.

Voltemos, pois, para as vestes que trajarão nossos atores. Não são talares, é verdade, mas nem por isso são menos clássicas do que as togas que envergam ritualmente. Como já adiantado no primeiro parágrafo desta introdução, Dworkin usa a falange como uma alegoria. Essa formação militar helênica, cuja preponderância nos campos de batalha decorria do seu perfeito domínio da ordem unida, poeticamente versada por Homero na citação inicial da introdução, transmite para a cultura ocidental uma idéia de organização, disciplina, harmonia de esforços e eficiência mortífera. Dworkin vale-se dessa poderosa imagem para representar determinada tendência ideológica de alguns integrantes da SCOTUS. Eu escolho a mesma imagem para a SCOTUS, todavia a uso como uma alegoria para outro aspecto desse tribunal, qual seja, a forma argumentativa como suas decisões são tomadas e registradas. Aprofundaremos-nos sobre esse ponto mais à frente, mas por enquanto adiantarei que, se sob esse aspecto argumentativo, os *justices* representarão uma falange, aos nossos ministros do STF reservei nesse conjunto de alegorias o papel de godos. Escolhi os godos, o martelo que destruiu Roma, como alegoria, devido a uma semelhança e a uma diferença relativa à falange. A semelhança é que os godos transmitem a mesma e forte imagem de grupo militar terrível e implacável. A diferença é que, enquanto a falange se comporta como um corpo único, unido, os godos se destacam mais pelo valor e capacidade combativa individual dos seus guerreiros, e certa desordem seria inerente a sua forma de lutar. É verdade que a interpretação mais moderna diz que essa imagem dos godos é romanocêntrica e historicamente incoerente – apenas o fato de eles não adotarem estratégias militares clássicas fez com que os historiadores militares romanos não enxergassem estratégia nenhuma. Mas, de qualquer forma, ministros e *justices* não são godos ou hoplitas, e o que importa, para os

nossos fins, é que as imagens transmitidas, que dão força às alegorias escolhidas, permanecem vivas no imaginário ocidental.

1 Dworkin e Integridade

Na parte introdutória deste artigo anunciamos qual seria o objeto da nossa análise, a estrutura argumentativo-procedimental das decisões de um tribunal brasileiro, em especial do STF, e a comparação dessa estrutura na nossa realidade com a realidade de uma suprema corte em um sistema típico de *common law*. Anunciamos também o marco teórico pelo qual nos balizaremos: a teoria de Ronald Dworkin do direito como integridade. Nada mais natural, então, que iniciemos o trabalho com uma rápida e despretensiosa exposição dessa teoria. Em verdade, menos do que uma exposição, essa parte do artigo é meramente um resumido esquema de algumas idéias contidas no livro *O Império do Direito* (DWORKIN, 2007b), escrito em 1986 por Dworkin, no qual ele consolida a sua teoria da integridade. Selecionei as idéias de Dworkin a serem expostas aqui segundo dois critérios. Primeiro, fornecer aos leitores não-familiarizados com a teoria de Dworkin os fundamentos teóricos necessários para a compreensão do modelo e da análise que proponho nos capítulos seguintes. Dworkin é muito difundido no Brasil, então talvez essa parte soe simplória e comum para muitos. De qualquer forma, como mencionei na exposição, este artigo trata mais de procedimentos de prática jurídica do que de proposições, de direitos enquanto conteúdo. Então, o segundo critério de escolha de idéias a serem sumarizadas foi o de conceitos menos explorados da integridade, mas que serão essenciais à compreensão do raciocínio deste artigo, e que denotam o caráter **procedimental da integridade**. Dois últimos alertas: primeiro, neste trabalho apresento a teoria do direito como integridade esquematizada em proposições e tabulações, enquanto que sua formulação original é discursiva. Segundo, como não há nada de novo nesta parte do trabalho, e seu conteúdo é completamente retirado d’*O Império do Direito*, vou me furtar no decorrer do capítulo às menções e referências repetitivas da fonte, limitando-me, portanto, à exposição direta das idéias e à mera indicação da página correspondente.

O que é o direito? O império do direito é, ou deve ser, definido pela atitude (p. 429), não pelo território, o poder ou o processo. Essa atitude é interpretativa, auto-

reflexiva e construtiva. Interpretativa, porque indaga quais compromissos públicos e princípios aos quais uma comunidade é obrigada; auto-reflexiva, porque capaz de repensar, em cada circunstância, o que esses princípios exigem da comunidade; e construtiva, porque sua finalidade é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor. Ao mesmo tempo, essa atitude só pode ser compreendida se vista mais do que como uma ação humana, uma prática social; e mais do que como um mero discurso, ou palavras vazias ou falsas em seu significado. A prática jurídica só é legítima se genuinamente e racionalmente decorrente do discurso que a orienta. Essa atitude procedimental é justamente a integridade.

Devido à multiplicidade de formas e de conteúdos obrigacionais entendidos como prática jurídica no decorrer do tempo histórico, não se pode produzir uma teoria semântica eficaz sobre o direito (p. 112). Mas a teoria da integridade propõe que um elemento de aproximação comum deve partir do ponto de vista interno, isto é, do ponto de vista do participante da prática: como explicar a prática jurídica tal como ela se encontra, e de que forma essa prática se justifica. Esse ponto de vista interno é, por exemplo, oposto ao ponto de vista externo de doutrinas tais como o *legal realism*, que enxerga o direito apenas como uma construção social ideologicamente comprometida que compõe a superestrutura institucional (p. 17). Podemos extrair, então, da teoria enquanto ponto de vista interno, a seguinte proposição:

***P1 – Proposição da Coerência:** Invariavelmente, a prática jurídica envolve algum grau de autojustificação interna, isto é, pratica-se o direito, por exemplo, em um tribunal, discutindo se e quais conseqüências de determinada conduta humana encontram previsão no próprio direito.*

O componente seguinte da teoria é a forma, o mecanismo de como opera a autojustificação. O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito se dá através da autojustificação, a qual por sua vez, é argumentativa (p. 17). O direito depende da verdade de certas proposições – normas – que só adquirem sentido através da mobilização e discussão, dentro da prática jurídica, dessas proposições⁵.

⁵ Nas palavras de Chain Perelman (PERELMAN, 2000, p. 185): “Como se trata de deixar as decisões jurídicas aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se

P2 – Proposição da Argumentação: a prática jurídica enquanto autojustificação é interpretativa e argumentativa.

Continuando para outro aspecto da teoria, se alguém, sujeito a determinado sistema jurídico, recusa-se ou resiste a submeter-se a uma obrigação decorrente desse sistema, a prática jurídica desse sistema contém mecanismos que substituem o cumprimento dessa obrigação mediante o uso coercitivo da força física, dentro de certos limites, e sob certas formas. De outro ponto de vista, externo e weberiano, a teoria política se preocupa com o estudo do uso da força pelo Estado, que detém o poder de usá-la de forma monopolizada. Isso leva a uma terceira proposição:

P3 – Proposição da Coerção: O escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar o poder coercitivo do governo de certa forma.

A partir da conjugação três proposições, a teoria constrói uma quarta (p. 116):

P4 – Proposição da Integridade: O direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção (P3) porque decorrem, mediante argumentação (P2), de decisões anteriores do tipo adequado (P1).

Essa caracterização do conceito de direito estabelece, de maneira apropriadamente vaga, aquilo que às vezes é chamado de “regra” do direito. A teoria discutirá esse conceito preliminar de direito proposto em P3 a partir da resposta a três questões. A teoria conjectura três modelos possíveis de conjuntos de resposta, e a cada conjunto corresponderá o que a teoria denomina de “concepção do direito” (p. 117). A resposta que uma concepção dá às perguntas determina os direitos e responsabilidades jurídicos concretos que cada concepção reconhece. As concepções formuladas são apenas conceituais, não correspondem de forma completa, nem foram inspiradas, em nenhuma experiência histórica da prática jurídica, ou doutrina jusfilosófica. Elas são como tipos puros, construídos para ressaltar ou ilustrar as notas características do direito como integridade.

de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares.”

Organizamos aqui esse modelo em um quadro sinóptico, tabulando proposições, perguntas, respostas e as três concepções de direito: convencionalismo, pragmatismo e integridade.

QUADRO I – CONCEPÇÕES DO DIREITO PARA DWORKIN

CONCEITO DE DIREITO:				
P4–Proposição da Integridade: O direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção (P3) porque decorrem, mediante argumentação (P2), de decisões anteriores do tipo adequado (P1).				
		RESPOSTAS		
CONCEPÇÕES DE DIREITO →	PRAGMATISMO	CONVENCIONALISMO	INTEGRIDADE	
Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente de forma coerente com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores?	Nega qualquer vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por coerência com decisões tomadas no passado.	Sim, aceita a idéia de direito.	O direito como integridade aceita sem reservas o direito e coerência com as pretensões juridicamente asseguradas no passado	
Se o sentido da pergunta acima existe, qual é ele?	Juízes devem tomar decisões que lhes parecem melhor para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado que tenha valor por si mesma. Por razões de estratégia, às vezes os juízes podem atuar “ <i>como se</i> ” as pessoas tivessem direitos.	Sentido esgotado pela previsibilidade e equidade processual proporcionadas por essa restrição.	A coerência beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, mas por assegurar entre os cidadãos um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político.	PERGUNTAS
Que noção de “decorrer”, de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada?	Nenhuma. Encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva. A coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual.	Visão restrita de coerência: um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas tradicionais.	Direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa.	

Alerto que esse quadro é bastante resumido, e nem de longe representa a clareza de raciocínio e a excelente articulação das idéias de Dworkin n’O Império do Direito. Mas a representação tabulada nos ajudará mais no momento apropriado, quando estivermos

analisando se a forma de argumentação adotada por nossos tribunais se adéqua ou não à concepção do direito como integridade.

Mas a teoria de Dworkin não se limita a propor as concepções de direito expostas. Dworkin vai além do exame interno das práticas jurídicas, e propõe a integridade como critério, como baliza de verificação da legitimidade política de determinada comunidade (p. 228). Dentro da teoria, o conceito de legitimidade pode ser sintetizado na seguinte proposição (p. 232):

***P5 – Proposição da Legitimidade:** um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres.*

A partir desse conceito de legitimidade, a idéia de Dworkin é demonstrar que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva. Para ilustrar as diferenças entre comunidades que adotam, e comunidades que não adotam a integridade como virtude, a teoria propõe mais três modelos, também hipotéticos, de comunidades (p. 252), como três modelos gerais de associação política.

Partindo da proposição que segue logo abaixo, cada modelo descreve as atitudes que os membros de uma comunidade política tomariam entre si, em plena consciência, se adotassem a concepção de comunidade que o modelo expressa. Da mesma forma, cada modelo corresponde a uma das três concepções de direito expostas há pouco, correlacionando as práticas jurídicas com o exercício do poder de forma legítima.

Eis o próximo quadro, mostrando as características de cada modelo de comunidade, e a sua correlação às concepções de direito.

QUADRO II – MODELOS DE COMUNIDADE PARA DWORKIN E CONCEPÇÕES DO DIREITO CORRESPONDENTES

		MODELOS DE COMUNIDADE		
		COMUNIDADE DE FATO	COMUNIDADE DE REGRAS	COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS
CA RA CTE RÍ S T I C A S	VISÃO DAS PRÓPRIAS OBRIGAÇÕES	Supõe que seus membros tratam a associação apenas como acidente de fato da história e da geografia, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira.	Pressupõe que seus membros aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas, de certo modo que é específico dessa comunidade.	Membros aceitam que são governados, além de regras, também por princípios comuns.
	VISÃO DAS REGRAS	Regras não como obrigação em si, mas como mera estratégia, cumpridas ou descumpridas conforme as circunstâncias.	Vê as regras como obrigação, e não mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação.	Regras como obrigação. Considera que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações.
	VISÃO DA POLÍTICA	Cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível.	Cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Regras produzidas representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos.	Política como arena de debates de princípios, e de quais concepções deve ter de justiça, equidade e justo processo legal.
		PRAGMATISMO	CONVENCIONALISMO	INTEGRIDADE
CONCEPÇÕES DE DIREITO CORRESPONDENTES				

Algumas observações devem ser feitas. Uma comunidade de princípios não é automaticamente uma comunidade justa (p. 257), sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos dos seus membros ou dos membros de outras comunidades, mas satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo. Assim, uma comunidade de princípios, mediante a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios, pode reivindicar a devida autoridade moral (p. 258) – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder. Podemos enunciar então uma última proposição da teoria:

P6 – Proposição da Integridade e da Legitimidade: Uma comunidade baseada em princípios, que é uma comunidade que adota uma

concepção de direito como integridade, é o modelo de comunidade que mais proporciona legitimidade às suas decisões políticas.

Com essa sexta proposição, dou por concluída esta primeira parte do trabalho, dedicada à exposição do marco teórico a partir do qual desenvolverei a análise que proponho. Não sem antes reiterar os alertas de que esta foi uma exposição demasiadamente simplificada da teoria da integridade, e que tomei a liberdade de consolidar em proposições os elementos principais da teoria, e os que terão algum uso mais para o andamento da nossa análise. Espero ter tido sucesso em demonstrar a relevância da integridade procedimental. A construção da teoria da integridade de Dworkin não trata de conteúdo de justiça, mas de atitudes, de formas e de procedimentos. Integridade e *due processo of law* são valores distintos, mas correlatos. Mecanismos processuais do judiciário são aprioristicamente relevantes para essa nossa visão de integridade como método, já que a prática do direito nos tribunais é de veras relevante, e demonstrativa da concepção de direito de determinado sistema.

2 Como Decide um Tribunal – A Regra de Redução Argumentativa

Segundo Dworkin (2007b, p. 283), a justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. Já a equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada, enquanto que o devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. No *The Supreme Court Phalanx*, Dworkin analisa alguns casos decididos pela SCOTUS, relacionando os defeitos no primeiro nível descrito acima, o da justiça, que podem ser causados pelo desrespeito ao segundo nível, isto é, o nível da estrutura do sistema, o nível da equidade e da integridade. Proponho neste artigo uma abordagem diferente. Meu prisma ainda será o segundo nível, o da integridade, mas a análise recairá não sobre a justiça ou injustiça do resultado de casos julgados pelo STF, mas sim sobre questões adjetivas, processuais. Nosso limite aqui será a análise da influência do terceiro nível, o nível do devido processo legal adjetivo, sobre o segundo nível, o nível da integridade. Nosso amparo teórico é no que illustrei no capítulo anterior como sendo um

aspecto instrumental da integridade. Meu ponto aqui é que uma característica em particular de nossa prática jurídica, em termos de processo adjetivo perante os tribunais, não se coaduna com uma estrutura correspondente a uma concepção de direito como integridade. Neste capítulo do trabalho enunciarei que característica é essa.

Antes de nos determos na análise de como godos e falanges se envolvem no enredo da integridade, creio que será útil um capítulo dedicado à exposição mais detalhada dos conceitos que fundamentaram a escolha das alegorias. Não há espaço nem motivo neste capítulo para descrever minuciosamente o processo nos tribunais, apenas tentarei ressaltar as características da atuação do STF e da SCOTUS relevantes para o enredo, naquilo que são semelhantes e diferentes. Apresento nesta parte do trabalho uma semelhança entre o STF e o SCOTUS, além da já citada e relevante posição de corte suprema de seus respectivos países. Denominarei essa semelhança, que não é particular aos dois tribunais, mas sim uma característica de qualquer tribunal, de regra de redução argumentativa.

Um tribunal, enquanto órgão, pode atuar de diversas formas, não só quanto ao conteúdo do que faz (julgamentos, decisões administrativas, elaboração de normas ou regimentos), mas também como seus integrantes se organizam para fazê-lo (decisões monocráticas, do presidente, de todos os integrantes, de partes ou turmas deles). Nossa análise limitar-se-á, todavia, ao funcionamento clássico de um tribunal enquanto órgão colegiado e pleno isto é, para cada dado problema jurídico que lhe é apresentado, o tribunal, não obstante o número de seus integrantes e o fato de eles discordarem entre si, fornece uma, e apenas uma solução com força de julgado. Essa é uma forma bastante limitada de enxergar o funcionamento de um tribunal, admito, mas a simplicidade da formulação deixa claro que, para que múltiplas pessoas, com idéias divergentes entre si, forneçam em conjunto apenas uma solução, um tribunal deve ser regulado por alguma regra que possibilite o que denomino de **redução argumentativa**.

Uma **regra de redução argumentativa** é, portanto, uma regra discursiva, expressa em termos de direito processual ou adjetivo, que faz a ligação argumentativa entre A. a opinião individual dos juízes que compõem o tribunal acerca do problema apresentado; e B. a solução emitida pelo tribunal sobre tal problema, e que se reveste no sistema jurídico da autoridade e das demais qualidades (imutabilidade, possibilidade de aplicação forçada, inclusive de forma violenta, etc.) de uma decisão judicial. Novamente, o modelo apresentado é simplista, mas é a concessão para que seja suficientemente abrangente de forma a se poder comparar o processo decisório do STF e da SCOTUS. Enfim, neste ponto do trabalho, o importante é fixar a noção de que há várias formas de se conceber uma regra de redução

argumentativa para um colegiado judicial. Neste capítulo tratamos da semelhança entre dois tribunais: ambos possuem uma regra de redução argumentativa. Nos dois capítulos seguintes destacaremos as diferenças, comparando como opera a regra de redução argumentativa na SCOTUS e no STF, sob o prisma do que definimos como integridade procedimental. Como o objeto principal da nossa análise é este último, iniciaremos, então, a descrição das regras de redução argumentativa por aquele.

3 SCOTUS – De *Seriatim* a *Opinion of the Court*

Nesta parte do trabalho descreveremos como opera a regra de redução argumentativa na SCOTUS, e em que medida essa regra específica se relaciona com o ideal de integridade. Também explicitaremos melhor a alegoria de falange, que lhe é adequada. No *The Supreme Court Phalanx*, Dworkin usou essa alegoria para representar uma facção dentro da corte, que atua conjuntamente para valer suas posições conservadoras. Eu me valho dela, entretanto, para ilustrar que a regra de redução argumentativa da SCOTUS possibilita, ou incentiva, uma atuação concertada e harmônica dos membros da corte, da forma que veremos a seguir. Esta parte do trabalho foi baseada nas *Rules of the Supreme Court of the United States*, e no artigo *From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissenting*, de Todd M. Henderson, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

Nesse artigo Henderson descreve a história da evolução das formas de discurso dos tribunais de *common law*, primeiro na Inglaterra, e depois nos EUA. Segundo o autor, por quase mil anos, julgamentos de tribunais na Inglaterra foram emitidos oralmente por cada juiz individualmente, um após o outro, e sem debate prévio entre os membros do tribunal (HENDERSON, 2008, p. 07). Esse é o modelo básico da regra de redução argumentativa que se pode chamar de *seriatim*. Muito embora a noção atual de *seriatim* exija que os votos sejam escritos⁶, até o começo do Séc. XVII as *opinions*⁷ não eram nem

⁶ Decisões em *Seriatim*. Uma série de votos escritos individualmente por cada juiz do tribunal, em oposição a uma decisão única, falando pelo tribunal como um todo [**tradução nossa**]. Do original: *Seriatim opinions. A series of opinions written individually by each judge on the bench, as opposed to a single opinion speaking for the court as a whole.* (Black, 2007)

⁷ *Opinion/Judicial opinion*, que significa “o enunciado escrito de um tribunal, explicando sua decisão em determinado caso, comumente incluindo a consolidação dos fatos, pontos de direito, fundamentação e ilustrações” [**tradução nossa**]. Do original: “*court’s written statement explaining its decision in a given case,*

publicadas. Antes disso, repositórios de casos eram apenas compilações escritas de notas de advogados proeminentes, que registravam, da melhor forma que podiam, o que a corte decidia, e as *opinions* proferidas em *seriatim* por cada juiz. Como mais de um advogado podia fazer notas do mesmo julgamento, havia muitos repositórios, que eram freqüentemente conflitantes entre si. Essas compilações não editadas nem revisadas eram enormes e não representavam uma figura coerente do direito. Não havia como se definir um “precedente”, porque não se sabia com certeza o conteúdo e os fundamentos das decisões. A situação perdurou até o final do Séc. XVIII, quando surgiram repositórios oficiais das decisões, mas isso só se tornou prática regular na metade do Séc. XIX, quando todas as *opinions* passaram a ser escritas e publicadas oficialmente. Esse modelo de 150 anos atrás – votos em *seriatim*, escritos e lidos numa sessão pública, sem debate prévio, ou mesmo concomitante, entre os integrantes do tribunal – é, não coincidentemente, muito semelhante ao modelo procedimental por meio do qual o STF exerce a jurisdição constitucional até os dias de hoje.

A prática da decisão em *seriatim* era vista no *common law* como uma forma de possibilitar um maior controle sobre o judiciário (HENDERSON, 2008, p. 11). O ato de proferir oralmente um voto, seja em leitura ou em discurso livre, era visto como uma forma de aclarar o processo de decisão, exigir que os juízes se debruçassem efetivamente sobre o estudo causa, e torná-los menos propícios à colusão e à corrupção. O problema da decisão em *seriatim* é que, como não há debate interno do tribunal antes do voto de cada integrante, o fundamento jurídico do conjunto dos votos não passa de uma coleção de argumentos pró e contra a causa. Para determinar quem ganhou um caso, e, mais importante, qual a regra aplicável ao caso, e quão forte era esse precedente, era necessário contar cabeças. Em disputas comerciais complexas, com múltiplas questões de fato e de direito, isso era notadamente mais difícil. Interpretar casos passados e prever a solução jurídica para futuros problemas era mais complexo, dada a multidão de votos sobre cada assunto. O nascente direito comercial na Inglaterra era incerto, justamente o oposto do que os negócios precisavam para florescer, na metade do Séc. XVII, com o crescimento das trocas comerciais com o continente.

A necessidade de maior certeza quanto ao direito efetivamente empregado em processos mais complexos e de maior relevância econômica fez com que Lord Mansfield,

usually including the statement of facts, points of law, rationale and dicta” (Black, 2007). O termo *opinion* não possui um significado unívoco no jargão jurídico em inglês. Seu significado é precisado com a qualificação de um adjetivo, como por exemplo *legal opinion*, que equivaleria na nossa realidade a uma peça consultiva, como um parecer. Não obstante, é comum que o termo seja usado sozinho, e seu significado é extraído da interpretação do contexto. Em um contexto processual, *opinion* pode ser tanto o voto de cada juiz, como a decisão emitida pela corte como um todo (*opinion of the court*).

nomeado Lord Chief Justice do King's Bench em 1756, introduzisse um procedimento para gerar acordo e consenso entre os membros do tribunal, e emitir *opinions* unânimes (HENDERSON, 2008, p. 11). Como havia mais de 70 tribunais e 800 juízes em Londres, agindo em delegação semi-privada, e a maioria com competências redundantes para julgar qualquer assunto, e como os tribunais eram remunerados por uma fração do valor da causa, Mansfield se interessou em atrair causas de comerciantes, as quais começavam a crescer em número e relevância econômica, para o seu tribunal, o King's Bench.

Segundo o modelo criado por Mansfield, os juízes se reuniam privadamente, aparavam suas diferenças para emitir uma decisão conciliatória, e escreviam apenas uma *opinion of the court* unânime e anônima. Mansfield concebeu então um modelo de regra de redução argumentativa que, ao invés de produzir uma *opinion*, um voto, para cada juiz no tribunal, produziria uma *opinion of the court* – uma solução jurídica única para cada caso, discutida e acordada entre os juízes antes de ser anunciada, completa do ponto de vista argumentativo (descrevia os fatos, enumerava os argumentos jurídicos e consolidava o conteúdo decisório). Um documento jurídico apto, portanto, para formar precedentes simples e seguros, e aclarar o direito nas práticas comerciais. Henderson registra que a criação de um direito comercial do *common law* só foi possível graças às modificações introduzidas por Mansfield (HENDERSON, 2008, p. 12). Não obstante, o sucessor de Mansfield, Kenyon, restaurou em parte o prestígio do *seriatim*. Muito embora, hoje em, dia os *Law Lords*, responsáveis pela atuação da *House of Lords* como suprema corte da Grã-Bretanha, não mais emitam cinco *opinions* em separado, a prática só há pouco deixou de ser comum.

Retornando ao foco deste capítulo, a SCOTUS, ocorre que a longa tradição britânica do *seriatim* atravessou o atlântico, juntamente com toda a cultura de prática judicial do *common law*. Como os órgãos judiciários nas colônias que posteriormente viriam a formar os Estados Unidos da América foram estabelecidos antes das modificações feitas por Lord Mansfield na regra de redução argumentativa dos tribunais da Inglaterra (HENDERSON, 2008, p. 15), votos escritos e em *seriatim* eram a prática costumeira nos primeiros tribunais de apelação estadunidenses – a SCOTUS incluída – até John Marshall tornar-se *chief justice* (GERBER, 2000, p. 20).

A posição de presidente da SCOTUS, intitulada de *chief justice*, é substancialmente diferente da do presidente de um tribunal brasileiro. Na nossa realidade, a chefia do tribunal é rotativa, e um biênio é um tempo muito curto para que um presidente imprima marcas profundas na história e nas práticas de um tribunal. Já a posição de *chief justice* é permanente, não rotativa, isto é, o integrante do tribunal nomeado para *chief justice* o

será de forma vitalícia. A influência de cada *chief justice* sobre a feição das práticas da SCOTUS é tão grande que cada formação e período desse tribunal ganha um epíteto após o seu *chief justice* – a *Marshall's Court* durou de 1801 a 1835, por exemplo. Marshall é bastante conhecido como o fundador da prática do *judicial review*, a possibilidade de os tribunais controlarem atos do executivo e do legislativo quanto a aspectos de constitucionalidade – criando, essencialmente, o que hoje se entende por jurisdição constitucional. Não vamos tratar dessa história, já bastante difundida no meio jurídico brasileiro, mas lembrá-la nesta rápida menção serve para ilustrar o caráter audacioso de Marshall e os propósitos que o guiavam. Em minha opinião, em boa medida o valor histórico da doutrina do *judicial review* decorre do fato de ela não estar expressa na constituição, mas sim ter sido originalmente formulada e aplicada no caso *Marbury v. Madison*. E isso revela a intenção de Marshall de fortalecer o judiciário, desfalcado, literalmente, de poderes na redação constitucional. Dois anos antes desse caso, no seu primeiro ano como *chief justice*, em 1801, Marshall foi o protagonista de *Talbot v. Seeman*, quando se operou pela primeira vez a mudança da forma discursiva dos julgados da SCOTUS. De *seriatim*, passaram ao modelo atual, em *consensus*, como denomina Henderson, inspirados no modelo de Lord Mansfield.

Como opera, na prática, a regra de redução argumentativa da SCOTUS? Tentaremos enunciar de forma concisa o modelo praticado. Há uma audiência na qual cada parte expõe suas razões no processo. Os *justices* podem interromper os advogados e questioná-los, e freqüentemente o fazem, especialmente após o ingresso do *justice* Antonin Scalia, em 1986. Imediatamente após os debates orais, os *justices* entram em conferência privada, discutindo o direito aplicável ao caso. Nessa conferência, cada juiz, do mais antigo ao mais moderno, anuncia aos demais como, e por quais fundamentos, decidiria o caso. Os votos são contados, o *justice* mais antigo que fez parte da maioria fica responsável por redigir a “*draft version*”, a minuta da *opinion of the court*. Se não houve unanimidade nos debates, o mais antigo da minoria redige a minuta da *dissenting opinion*, ou simplesmente, *dissent*⁸.

Depois de redigida, as minutas da *opinion of the court* e da *dissenting opinion*, se houver uma, são circuladas entre os *justices*. Cada *justice* pode aderir a *opinion* sem comentários adicionais, ou pode recomendar alterações, e a incorporação dessas alterações na *opinion* é discricionária do *drafter*. Os votos na conferência privada são meramente preliminares, vez que na fase de circulação da minuta de *opinion* é possível, e

⁸ *Dissenting opinion. An opinion by one or more judges who disagree with the decision reached by the majority. – Often shortened to dissent.* (BLACK, 2007)

comum, que *justices* mudem sua opinião. A *opinion* precisa da maioria do tribunal, cinco *justices*, para ser emitida. É raro que ocorra que menos do que cinco *justices* concordem entre si, e os demais tenham *opinions* tão segmentadas que não concordem com uma posição definida⁹.

Ao *justice* que vota com a maioria é permitido escrever uma *concurring opinion*¹⁰, dando notas particulares suas a elementos jurídicos que entende importantes para o caso, mas que não constam da *opinion of the court*. Da mesma forma, pode haver mais de uma *dissenting opinion*. A *opinion of the court* é comumente assinada pelo seu autor, mas, ocasionalmente, em casos mais simples que só decidem questões preliminares, por exemplo, a SCOTUS pode proferir uma *opinion* anônima, chamada de *per curiam*.

Essa é a descrição, em suma, de como se opera a regra de redução argumentativa na SCOTUS. O artigo de Henderson chama-se *From Seriatim to Consensus and Back Again*, porque ele analisa a variação da quantidade relativa de *dissenting opinions* na história da jurisdição constitucional americana, e quais implicações ou causas dessa variação. Ele parte do *seriatim*, onde em todos os casos o voto de cada *justice* era em si uma potencial *dissenting opinion*; avança para a fase de *consensus*, na época de fortalecimento da SCOTUS sob a corte presidida por Marshall, que por 34 anos redigiu ele próprio 90% das *opinions of the court* (Henderson, 2008, p. 23); e chega aos dias atuais, *back again*, onde há um retorno da valorização, por parte de alguns *justices*, das *dissenting opinions*. Se *dissenting opinions* são ou não boas para a prática jurídica é um tema controverso. Henderson cita posições que vão do espectro de que as *dissenting opinions* são literatura subversiva e inútil, passando pela conjectura de que enfraquecem o tribunal ao expor divisões internas, logo o tribunal é mais eficiente ao decidir casos e criar direito se falar com uma só voz. Mas expõe também argumentos no sentido de arejamento do direito, de que a *dissenting opinion* de hoje pode ser a *main opinion* de amanhã. Quais características desse modelo podem ser ressaltadas, se comparadas com o nosso modelo que será aprofundado no próximo capítulo, e sob o prisma da integridade?

Primeiro, a conferência reservada entre os *justices* oferece uma excelente oportunidade para debate e discussão do conteúdo jurídico de um caso, além da mera enunciação ou leitura de fundamentos, feitas isoladamente por cada integrante do tribunal. Conforme vimos na primeira parte deste trabalho, a 2ª proposição da integridade diz que “a

⁹ Esses eventos são conhecidos como *plurality opinions* – *An opinion lacking enough judges' votes to constitute a majority, but receiving more votes than any other opinion.* (BLACK, 2007)

¹⁰ *Concurring opinion. A vote cast by a judge in favor of the judgment reached, often on grounds differing from those expressed in the opinion or opinions explaining the judgment.* (BLACK, 2007)

prática jurídica enquanto autojustificação é interpretativa e argumentativa”, e essa autojustificação é a “causa eficiente” da 4ª proposição, por meio da qual o direito decorre de decisões anteriores. Não há outra forma de se aferir coerência, senão por um processo argumentativo e interpretativo. Assim, uma regra de redução argumentativa que influencie no aumento da argumentação tende mais à integridade do que uma que seja apática, ou até mesmo desestimuladora, do debate.

Segundo, ainda em questões de riqueza de argumentação, o modelo da SCOTUS, ao contemplar uma fase de circulação interna da minuta da *opinion of the court*, ou até mesmo da *dissenting opinion*, faz com que os argumentos jurídicos que fundamentam a decisão, ou o dissenso, possam ser coletivamente refinados pelos demais membros da corte. Ou seja, mais propensão à argumentação que corresponde a mais tendência à integridade.

Terceiro, a *opinion of the court* contém em si não só o comando da decisão judicial prolatada, mas também toda a exposição da argumentação e dos raciocínios jurídicos que compõem o fundamento do julgado. É um documento que possui, ao menos em tese, uma estrutura argumentativa completa: demonstra, através da argumentação, que a solução jurídica do caso decorre racionalmente de certos fundamentos jurídicos. Mais coerência na decisão, ou pelo menos coerência mais visível, significa mais um ponto para integridade.

Quarto, o modelo da SCOTUS favorece a não emissão de *dissenting opinions*, ou pelo menos controla a produção desse tipo de *opinion*. Observe-se o quadro abaixo (HENDERSON, 2008, p. 28), que enumera percentuais de casos emitidos com *dissents*:

QUADRO III – PERCENTUAL NO TEMPO DE OPINIONS COM DISSENTS NA SCOTUS

TABLE B: Dissenting Proclivity

Chief Justice	Dates of Service	Percent of opinions with a Dissent
Marshall	1801-1835	4
Taney	1836-1863	9
Chase	1864-1873	9
Waite	1874-1887	6
Fuller	1888-1909	7
White	1910-1920	5
Taft	1921-1929	7
Hughes	1930-1940	9
Stone	1941-1945	27
Vinson	1946-1952	48
Warren	1953-1968	50
Burger	1969-1985	59
Rehnquist	1986-2005	56
Roberts	2005-Present	47

Ou seja, por mais de 140 anos de atividade da SCOTUS, de 1801, ano que surgiu o modelo de regra de redução argumentativa atual, até 1940, o percentual de casos com *dissenting opinions* ficou abaixo de 10%. O crescimento da proporção de *dissenting opinions* é atribuído por Henderson ao fato de que as grandes questões federais já estavam todas sintetizadas em precedentes de *common law*, o que evitava que casos inovadores surgissem. A situação começou a se alterar em 1938, quando o direito federal abandonou o *common law*, passando a ser legislado, e logo em seguida as questões “difíceis” se multiplicaram na corte a partir das discussões sobre direitos civis, quando a SCOTUS adquiriu a sua feição atual de uma corte constitucional.

De qualquer forma, mesmo que em metade das decisões da corte haja uma *dissenting opinion*, isso significa que na outra metade não há, e que mesmo casos constitucionais típicos, como os julgados pela SCOTUS, podem ter solução por apenas uma única *opinion of the court*. O sistema favorece as *opinions of the court* “puras”, isto é, sem *dissents*, quer seja por inércia, quer seja pelo compromisso para consigo mesmo que alguns *justices* têm de não apresentar *dissenting opinions* como sinal de respeito à decisão da maioria, ainda que com ela não concordem. *Opinions of the court* “puras” são decisões conciliatórias, e isso significa que foram construídas, ou que o sentido do direito ou os fundamentos nela expostos, seguiram padrões pelo menos aceitáveis a todos, ressaltando, todos os *justices*. Creio, então, que é lícito estender esse raciocínio para afirmar que é mais provável, então, que uma *opinion of the court* sem *dissenting* ou *concurring opinions* seja baseada em princípios comuns aceitos como mais abrangentes. Pelo menos substancialmente mais provável que seja baseada nesse tipo de princípio do que em padrões ideológicos ou opiniões excessivamente particulares de algum *justice*. Em consequência, uma regra de redução argumentativa que favorece a produção de decisões judiciais fundamentadas em princípios parece se adequar àquele modelo de comunidade, a comunidade de princípios, ao qual corresponde, conforme o quadro II acima (p. 11), a concepção do direito como integridade.

Ademais, por mais que o sistema não favoreça a produção de *dissenting opinions*, ainda assim é possível emití-las, e elas o são em quantidade (cf. Quadro III, p. 17). Ou seja, do ponto de vista argumentativo, a possibilidade de um *justice* emitir uma *dissent* serve como válvula de escape do sistema para que, em casos mais clivados, os fundamentos jurídicos adotados por um, ou pela minoria dos *justices*, fiquem devidamente registrados.

Quinto, existe uma correlação acentuada entre a doutrina do precedente e a integridade. Como vimos na segunda parte deste trabalho, a prática jurídica se caracteriza por uma autojustificação interna, que se manifesta por meio da coerência entre a prática efetuada no presente e decisões do passado. E a doutrina do precedente, ou do *stare decisis*, segundo a qual é necessário que um tribunal siga decisões judiciais, suas ou de tribunais superiores, quando os mesmos pontos de direito são novamente levantados em litígio¹¹, é por demais semelhante com a idéia de coerência da integridade. É impossível que Dworkin tenha deixado de se influenciar pelo meio jurídico em que vive, pela prática de *common law* que lhe é naturalmente familiar. Certamente, há outras formas de deliberação e organização judicial que cumprem os requisitos de uma concepção de direito enquanto integridade, porém a construção histórica da doutrina do precedente se adéqua de forma muito precisa ao ideal de integridade. É verdade que Dworkin concede a existência de duas integridades: integridade na legislação e integridade na deliberação judicial (DWORKIN, 2007b, p. 261), e ambas exigem atitudes semelhantes de compromisso e de aceitação dos princípios contidos, diferindo apenas se esses princípios se encontram na lei ou nas decisões passadas. Mas o ponto aqui é que a SCOTUS funciona, para a integridade, no melhor dos dois mundos: em nível federal ela lida com um direito substantivo que é todo regido por *statutory law* e não mais por *common law*, enquanto que a forma de decidir da corte, as regras processuais pelas quais ela se pauta, e os efeitos de vinculação que as decisões da SCOTUS têm sobre os tribunais a ela inferiores são típicos do sistema de *stare decisis*.

Vou me deter um pouco mais sobre essa quinta característica, para tentar explicar mais aprofundadamente em que exatamente a doutrina do precedente praticada pela SCOTUS tem de relativo à concepção do direito como integridade. Embora se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* desse precedente (SOUZA, 2006, p. 125), e não o seu resultado. Assim, um precedente é

“uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente, que forma então o elemento normativo dessa decisão é denominado de *ratio decidendi*. A decisão concreta é vinculante entre as partes daquele processo, possui os atributos tradicionais da coisa julgada, mas é a *ratio decidendi* abstrata que sozinha tem a força de provisão jurídica,

¹¹ *Stare decisis* vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* – “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. (BLACK, 2007)

de regra para o mundo exterior àquele processo.¹²” [Tradução nossa] (BLACK, 2007)

Na fundamentação de uma decisão judicial, tudo aquilo que não é da *ratio decidendi* é, grosso modo, *obiter dictum*, “um comentário feito no âmbito da prolação de uma *judicial opinion*, mas que não é necessário para a decisão do caso, e, dessa forma, não cria precedente (muito embora esse comentário possa ser considerado persuasivo).¹³” [Tradução nossa] (BLACK, 2007)

Observe-se que o responsável por identificar o conteúdo normativo de uma decisão judicial, a sua *ratio decidendi*, não é o tribunal que, ou quando, profere essa decisão. Não há, na *opinion*, uma delimitação específica, entendida e construída para ser assim, da *ratio decidendi* do caso. E, mesmo que houvesse, essa delimitação não restringiria os tribunais, no futuro, a retirar a *ratio decidendi* do caso apenas daquela parte. Isso porque a tarefa de revelar qual o precedente contido em algum caso do passado é algo que pertence à prática jurídica do presente, e recai sobre o tribunal posterior, que faz agora, a solução que entende pertinente para o caso atual, decorrer argumentativamente da *ratio decidendi* de uma decisão do passado. É justamente nesse ponto particular que reside a maior correlação entre a doutrina do precedente e a concepção do direito como integridade. A doutrina do precedente é uma prática essencialmente interpretativa de uma decisão judicial do passado, mas uma prática interpretativa no sentido especial de ser analiticamente argumentativa. O tribunal posterior, que interpreta os argumentos do tribunal anterior, tem a liberdade de se aprofundar na análise dos argumentos da *opinion* que constitui o precedente. Só através dessa análise argumentativa é que o tribunal posterior pode revelar o que é *ratio decidendi*, de conteúdo efetivamente normativo, deixando em separado o que é mero *obiter dictum*. O que há de vinculante em um precedente não é, para usar termos mais próximos do nosso jargão em português, o dispositivo, dessa decisão judicial, mas sim os seus fundamentos de direito. Não há como não deixar de correlacionar esse aspecto argumentativo da doutrina do precedente com a distinção feita por Dworkin entre o modelo de comunidade de regras, baseado numa concepção convencionalista de direito, e o modelo de comunidade de princípios, ligado a uma concepção de direito como integridade (ver Quadro II, p. 9 retro). O foco aqui é a distinção entre esses dois modelos de comunidade na visão que ambos têm das suas regras. Ambas, a

¹² *A precedent is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large.*

¹³ *Obiter dictum – a judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential (although it may be considered persuasive).*

comunidade de regras e a de princípios, vêem suas regras como obrigações genuínas, mas a comunidade de regras não enxerga nenhuma obrigação para além do conteúdo explícito nelas expresso, enquanto que a comunidade de princípios entende que essas regras decorrem de princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações. Portanto, a prática da doutrina do precedente segundo a qual um tribunal posterior pode analisar os argumentos de uma decisão anterior, na busca de revelar até mesmo provisões jurídicas não expressas, a título de *ratio decidendi*, correlaciona-se mais com o modelo de comunidade ligado à concepção de direito como integridade.

Essa quinta característica da regra de redução argumentativa da SCOTUS possui uma decorrência instrumental, prática em termos de tecnologia jurídica, que trataremos isoladamente como uma sexta (e, neste capítulo, última) característica. Ela se refere ao modo, à forma como os argumentos e as *opinions* são consolidados e registrados em termos de documentos, de peças jurídicas. A idéia aqui é que não só o conteúdo da argumentação é relevante para a integridade, mas a forma como a argumentação é documentalmente consolidada também possui sua influência. Defino essa característica como instrumental porque ela se encontra em um patamar anterior à discussão ou argumentação jurídica em si, não obstante ela certamente ser parte do que se pode chamar de prática jurídica. Vimos que a tarefa de identificar a *ratio decidendi* não é do tribunal que produziu o precedente analisado, mas sim do tribunal que pretende valer-se de seu conteúdo jurídico como regra de solução aplicada a um caso. É trabalho do tribunal “do presente” enxergar, revelar, extrair a *ratio decidendi* da argumentação do tribunal “do passado”. Porém, por mais que esse trabalho de revelação de conteúdo seja trabalho do tribunal “do presente”, para que seja possível e eficiente que ele encontre a *ratio decidendi* escondida, é preciso que, pelo menos, existam regras de onde procurá-la. O tribunal “do presente” já terá muito trabalho para conseguir demonstrar argumentativamente que enxerga a *ratio decidendi*, e acredito que um sistema minimamente eficiente deve obrigar o tribunal “do passado” a, pelo menos, indicar para onde se deve olhar. A melhor forma de promovê-lo é fazer com que o precedente seja registrado e consolidado em documento que consista em uma estrutura argumentativa completa em si. Sem essa providência não há como conseguir produzir uma das principais ferramentas da prática jurídica do *common law*, os repositórios de precedentes¹⁴.

¹⁴ Conforme Marcelo Souza (SOUZA, 2006, p. 103): “Um dos pressupostos imprescindíveis para a eficiência de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais é a existência de um método de consulta acessível e seguro aos operadores do Direito.”

Como vimos anteriormente, um dos motivos que levou Lord Mansfield a conceber um modelo apartado do *seriatim* foi a baixa confiança que se tinha nos repositórios “privados”, meras anotações das *opinions* de cada juiz feitas por advogados. Uma forma de propiciar o aumento da certeza e da qualidade dos repositórios de precedentes foi a evolução do modelo de *seriatim* oral para *seriatim* escrito, o que facilitava os registros, e depois a criação em si dos serviços que produziram os repositórios, como registra José Rogério Tucci (TUCCI, 2004, p. 162): “com a precípua finalidade de imprimir maior certeza e genuinidade aos precedentes judiciais, em 1865 foi instituído na Inglaterra um órgão semi-oficial incumbido de editar os repertórios: *Incorporated Council of law Reporting for England and Wales.*”

Essas medidas tornam possível o registro, a documentação, mas uma dificuldade ainda persiste: em um modelo de *seriatim*, ainda que escrito, o que registrar? Devem-se registrar cada um dos votos emitidos por cada juiz, ainda que estes não formem entre si uma unidade, e sejam apenas uma coleção de argumentos? Essas perguntas coincidem com o ponto de inflexão da regra de redução argumentativa em *seriatim*, do qual vamos tratar melhor no capítulo seguinte quando descreveremos o modelo da regra de redução argumentativa no Brasil. Por enquanto, é suficiente ficarmos com o raciocínio de que é muito mais fácil coletar e documentar, do ponto de vista de gestão do conhecimento, e analisar, do ponto de vista argumentativo, um documento que contenha uma estrutura argumentativa completa em si, e por isso me refiro, no caso de uma decisão judicial, a um documento que, com autoridade e racionalidade, descreva os fatos, estabeleça os argumentos jurídicos, e consolide o conteúdo do comando decisório. Uma *opinion of the court* é um documento dessa natureza, ainda que acompanhada por *dissenting* ou *concurring* votes. Esses apêndices vão servir para dosar a força vinculante desse precedente, mas, em termos de argumentos, a *opinion* é completa em si. Isso já estava expresso de forma mais abreviada na terceira característica, mas o que é mais relevante nesta sexta é que, além ser argumentativamente completa, a *opinion of the court* é representada como um documento único e bastante em si, diferentemente de um acórdão, que, como veremos melhor, é uma peça excessivamente sintética. Tão sintética que é necessário, para que um acórdão seja interpretado quanto aos argumentos jurídicos que o fundamentaram, que todos os votos proferidos sejam analisados, não apenas o do relator. Há menos caos argumentativo na estrutura de uma *opinion*, o que favorece a integridade, como já vimos.

Creio que essas seis características encerram as notas distintivas do modelo de regra de redução argumentativa adotada pela SCOTUS¹⁵, se comparado ao praticado no STF. Pretendi demonstrar neste capítulo que certas regras procedimentais, consolidadas na regra de redução argumentativa da SCOTUS, fazem com que, mesmo quando diverjam quanto ao conteúdo de seus raciocínios, os *justices* atuem, do ponto de vista do método argumentativo, em uma formação sólida como uma falange. Elmo a elmo, escudo a escudo, lança a lança.

4 Godos – Mas Não Apenas no STF...

Até agora apresentamos uma definição das provisões jurídicas processuais adjetivas que chamamos de regra de redução argumentativa. Descrevemos como essa regra se opera na SCOTUS, e como isso favorece a prática jurídica que se adéqua à concepção de direito como integridade. Dedicaremos esta parte do trabalho para inscrever as regras processuais brasileiras nesse modelo. Grosso modo, a cada característica da regra de redução argumentativa da SCOTUS enumerada no capítulo anterior, irei contrapor uma característica do modelo adotado pelo STF para essa regra. No capítulo anterior focamos nosso estudo na análise da *opinion of the court*. Neste, trataremos do produto final da prestação jurisdicional de um tribunal brasileiro, o acórdão. Graças a uma legislação processual e a uma configuração de tribunais uniformes em toda a federação, a análise que iniciamos serve a princípio para qualquer tribunal brasileiro. Mas, como veremos a seguir, algumas particularidades decorrem do exercício característico de jurisdição constitucional pelo STF.

Acórdão é, assim, o pronunciamento judicial com conteúdo decisório proferido por um órgão colegiado, recebendo este nome porque para a sua formação concorrem as vontades, expressas através de votos, dos vários membros que compõem o órgão colegiado (DIDIER, 2007, p. 223). O Código de Processo Civil – CPC e os regimentos de cada tribunal contêm as regras pormenorizadas que ordenam os diversos

¹⁵ [...] a decisão deverá resultar não da tomada de posição de um só, mas da unanimidade ou, pelo menos, da maioria que se formará no seio do tribunal. Mesmo que, muitas vezes, a decisão preceda a motivação, a deliberação preliminar permitirá levar em conta argumentos alegados por todos os membros do colegiado, e a solução adotada será tanto menos subjetiva quanto mais possibilidades de serem expostos e apreciados tiverem os pontos de vista eventualmente opostos. [...] Esta prática, seguida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, contribuiu para tornar suas decisões menos formalistas, mais preocupadas com a realidade econômica e social. (PERELMAN, 2000, p. 223)

aspectos práticos da ordem de julgamento dos processos submetidos aos tribunais, e, dentre estas, também as regras processuais que consolidam a regra de redução argumentativa. Em nossa visão, e para o universo deste trabalho (STF), essas normas estão basicamente nos arts. 548 a 564 do CPC e 93 a 98 do Regimento do STF.

Descriverei sumariamente essa regra. Em resumo, um dos juízes, ministros no caso do STF, é designado anteriormente como relator de um caso, e desempenhará um papel importante no ritual da respectiva sessão de julgamento. O relator apresenta uma introdução, o relatório do processo, aos demais integrantes do tribunal; em seguida, os advogados do demandante e do demandado apresentam sua sustentação oral, após o que cada ministro profere o seu voto – comumente lendo sua opinião sobre o caso, redigida previamente. Há algumas manifestações orais espontâneas de comunicação entre os ministros, é verdade, mas geralmente se limitam a questões procedimentais, ou, no caso de conteúdo, raramente passam de um ministro instando outro a aclarar determinado ponto da sua opinião. Discussões e debates de fundo substantivo são raros, e ministros mudando o seu voto, convencidos pela argumentação de outro, especialmente em questões de mérito, são eventos raríssimos... Mas, mesmo após a leitura do voto do último ministro não se tem ainda o julgamento do processo, não existe ainda um acórdão, produto final da prestação jurisdicional do tribunal¹⁶. É nesse momento que opera a regra de redução argumentativa, e o presidente do tribunal anuncia o “resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor” (CPC, art. 556). A análise da nossa regra de redução argumentativa possui, então, dois momentos importantes: primeiro, o que é um “voto vencedor”, ou como se define o “resultado do julgamento”; e segundo, o que contém um acórdão.

Analisemos de antemão a segunda questão, o que contém um acórdão. São poucas as formalidades previstas normativamente. O art. 563 do CPC apenas exige que todo acórdão contenha uma ementa. O art. 93 do regimento do STF ordena que as conclusões do plenário e das turmas, em suas decisões, constem de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento. O art. 165 do CPC, embora comande a observância do art. 458¹⁷, isto é a presença de relatório, fundamentos e dispositivo nos acórdãos, apenas o exige quando do seu *proferimento*, e nisso se incluem os atos praticados na sessão de julgamento. A

¹⁶ CPC, art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

¹⁷ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

estrutura básica de um acórdão é, então, bastante enxuta: o relatório e a fundamentação expressos sob a forma excessivamente sintetizada de uma ementa, e o dispositivo, contendo o “resultado do julgamento”. Não existe regramento sobre o que seja uma ementa, mas o costume judiciário a expressa como uma seqüência de palavras-chave, seguidas por uma enumeração sintética de determinados fundamentos e do dispositivo. Em um aspecto, a regra de redução argumentativa brasileira opera, então, produzindo um sintético enunciado que constitui o acórdão. Mas, como visto, a regra de redução argumentativa não implica, necessariamente, que os fundamentos expressos na ementa do acórdão decorrem do conjunto de argumentações contidas nos votos de cada integrante do tribunal. O acórdão expressará, tão somente, aquilo que contribuiu para o “resultado do julgamento”.

E isso nos leva ao primeiro momento importante da regra de redução argumentativa: o que é um “voto vencedor”, e como se define o “resultado do julgamento”. Meu ponto é que a regra de redução argumentativa opera não apenas uma óbvia redução quantitativa no conjunto dos argumentos, mas também, e principalmente, uma redução qualitativa na estrutura das argumentações racionalmente expostas no voto de cada ministro. Essa perda de “qualidade” argumentativa consiste no fato de que o raciocínio expresso no acórdão como fundamentação da decisão não decorre, ou não expressa com genuinidade, as argumentações manejadas pelos ministros em seus votos. Minha impressão é que essa perda de qualidade argumentativa decorre justamente dos critérios utilizados para identificar o “resultado do julgamento” e o que seja um “voto vencedor” ou “vencido”. No modelo que proponho, identifico esses critérios como expressos sob a forma de três binômios.

O primeiro binômio é demandante-demandado. Não nos esqueçamos de que o direito processual brasileiro, especialmente o praticado nos tribunais, mesmo em causas não-civis, é profundamente inspirado no binômio *carneluttiano* de “pretensão resistida”. Nesse modelo ortodoxo, todo processo envolve uma parte demandante, que possui um interesse contra o qual se opõe uma resistente parte demandada. Não importa se estamos falando de problemas jurídicos que não possuem um titular “interessado”, um demandante indefinido (como no caso de uma ação ambiental), ou uma parte passiva “resistente” (quem resiste à declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo?), anos de tradição fazem com que a técnica processual empregada ainda se reporte ao binômio demandante/demandado.

O segundo binômio, também é relativo a uma visão clássica, que identifica o direito apenas como um conjunto de normas de aplicação binária excludente: uma regra se aplica ou não a determinada situação. O “interesse”, o direito disputado no processo será

concedido ou não será, e podemos expressar esse binômio como provimento/não-provimento. O problema desse binômio é que a categoria normativa de princípios, todavia, não se aplica assim, mas em profundidade. Segundo Canotilho (CANOTILHO, 2000, p. 1125), os princípios são qualitativamente distintos das regras, apontando como aspectos dessa distinção as características de que uma regra é ou não é cumprida, enquanto que um princípio possui vários graus de concretização, variando em razão de condicionalismos fáticos e jurídicos; e de que os princípios podem coexistir, apesar de serem antinômicos, enquanto que as regras em conflito excluem-se. Aqueles permitem "balanceamento de valores e interesses", as regras exigem a aplicação em tudo ou nada. A argumentação judicial nos tribunais brasileiros é atualmente matizada por raciocínios baseados em princípios, e isso é mais verdadeiro quando se trata da jurisdição constitucional. Veja-se, por exemplo, os métodos de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem extirpar nada de seu texto, apenas negando validade a determinada interpretação gramaticamente possível, ou julgando que só outra determinada interpretação se coaduna com a constituição.

O terceiro binômio é o vencedor/vencido, e ele se opera como uma junção lógica da aplicação dos dois binômios anteriores como critérios da regra de redução argumentativa. Se toda a argumentação jurídica de fundo em um processo importa na redução a uma forma binária de aplicação do direito a provimento/não-provimento, e se a atribuição desse resultado se dá numa relação jurídica que possui apenas, e necessariamente, um demandante e um demandado, é fácil encontrar os “votos vencedores” e os “votos vencidos”. É usual que os membros de um tribunal, após expressarem como argumentos o seu entendimento sobre o direito discutido no processo, fechem o seu voto com as possíveis expressões “dou provimento”, “dou provimento em parte”, ou “nego provimento”. Classifica-se cada voto de acordo com esse binômio, e contam-se “os narizes, não os fundamentos”. Não importa a argumentação manifestada pelos ministros nos seus votos, todo o seu raciocínio, toda a argumentação jurídica é deixada de lado, e o “resultado do julgamento” decorre de uma mera operação aritmética. A perda, o esvaziamento dos argumentos na alteração dimensional de votos para acórdão decorre basicamente de uma inversão: enquanto no voto em si a estrutura argumentativa permite acompanhar os fundamentos que levaram à escolha de determinada solução jurídica para aquele caso posto, isto é, o resultado decorrendo da fundamentação, no acórdão ocorre justamente o oposto: o “resultado”, escolhido mediante critérios que esvaziam os raciocínios que o precederam, é que define os fundamentos a serem sinteticamente enumerados na ementa.

O uso dos três binômios descritos acima como critérios definidores do “resultado do julgamento” faziam algum sentido no passado, e talvez ainda o façam como elementos simplificadores da escolha em casos “fáceis”, que discutem direitos “clássicos” acerca de regras cujo juízo de aplicabilidade ainda seja meramente binário. Mas mesmo em casos “fáceis”, quando ocorre alguma divergência mais extremada entre os integrantes de um tribunal, é possível ver muitos votos concedendo ou negando provimento nesta ou naquela parte do direito pretendido, o que acarreta em si uma dificuldade de se contar o resultado dos votos, em se definir quais são os “vencidos” e os “vencedores” para fins de registro do acórdão. O ponto aqui é que, se a nossa regra de redução argumentativa não se mostra, em termos de tecnologia jurídica, adequada a representar com genuinidade o que um tribunal pensa a respeito dos casos “fáceis”, o que dizer a respeito dos casos “difíceis”? Em outras palavras, a nossa regra de redução argumentativa consiste em uma operação aritmética, que conta os votos classificados apenas quanto ao seu provimento/não-provimento do direito disputado pelo demandante/demandado. Mesmo em casos que discutem apenas regras, essa regra de redução argumentativa não opera bem, por exemplo, quando o caso contém muitos legitimados em ambos os pólos, ou cujo pedido contenha muitos objetos. Se nesses casos, os quais denomino de “fáceis”, a regra não representa de forma legítima os argumentos usados para decidi-los, a situação é bem pior nos casos “difíceis”, que discutem não regras, mas princípios, e que são típicos da jurisdição constitucional. Princípios são categorias jurídicas que se encontram, especialmente os mais tradicionais, expressamente positivados na Constituição e nas leis, e atualmente seu caráter normativo é plenamente aceito. Mas os princípios são comandos menos concretos que as regras, colidem frequentemente entre si, e seu conteúdo é extremamente aberto. Em termos de aplicação prática na solução de um caso pelo judiciário, um princípio não se aplica como uma regra, mediante um simples silogismo. A aplicação de um princípio só é possível se fundamentada em uma argumentação mais densa e profunda. Os votos dos integrantes dos tribunais contêm individualmente esse tipo de argumentação, que torna legítimo o manejo dos princípios, mas a nossa regra de redução argumentativa produz acórdãos que deles não decorrem racionalmente, que descontinham os argumentos dos votos, que tornam o conteúdo jurídico consolidado na solução do caso desconexo dos fundamentos expostos pelos integrantes do tribunal.

Há um fator que agrava, ou pelo menos ressalta, a mencionada perda de qualidade argumentativa. Refiro-me à forma como enxergamos o princípio da publicidade dos atos processuais, e às regras que escolhemos para lhe dar concretude. Não vou me alongar no trato desse princípio – para os fins deste trabalho, basta consignar que o princípio

da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais possui um valor em si. A teoria do direito de Dworkin representa esse valor quando afirma que a prática jurídica enquanto autojustificação é argumentativa e interpretativa, e quando afirma que a solução fornecida pela prática jurídica no presente deve decorrer, racionalmente, de uma decisão (judicial ou legislativa) do passado. Da mesma forma, uma comunidade que aceita o direito como integridade vai se guiar não apenas por regras explícitas, mas por princípios implícitos, princípios estes que podem, também, ser encontrados na fundamentação das decisões judiciais. E, como registramos na proposição P6 (p. 12), esse tipo de comunidade, a comunidade de princípios, é a que mais proporciona legitimidade às suas decisões políticas.

Ocorre que esse valor em si da fundamentação está obviamente imbricado com a necessidade de se garantir que seja ela conhecida e visível, decorrendo daí o princípio da publicidade das decisões judiciais. A correlação entre esses dois princípios é vista, inclusive, topologicamente: ambos estão expressos no mesmo artigo e inciso da Constituição¹⁸. Em termos concretos, não só as conclusões do acórdão são publicadas na imprensa oficial¹⁹, mas todos os atos, inclusive votos e transcrições dos julgados são juntados aos autos²⁰, e sessões reservadas dos tribunais só se admitem em situações excepcionais. É verdade que essas provisões constituem – e essa é a função pretendida por elas – uma forma de controle, de *accountability* dos juízes e de suas decisões. A transparência de atos públicos tem igualmente um valor em si, e é legítimo que uma comunidade tenha a possibilidade de conhecer os fundamentos das regras que vinculam os seus membros – de outra forma, como os princípios implícitos nas decisões podem ser obrigatórios se não podem ser conhecidos? Mas, ao mesmo tempo em que o controle proporcionado pela publicidade é inócuo, o efeito de magnificação causado pela publicidade sobre a perda de qualidade argumentativa é deslegitimador.

O controle é inócuo, porque não há muito bem o que controlar. Demonstramos que a regra de redução argumentativa adotada pelo STF faz com que os acórdãos não decorram racionalmente dos votos dos ministros, pelo menos não de uma forma

¹⁸ CF, art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁹ CPC, art. 564. Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias.

²⁰ CPC, art. 556, parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

argumentativa e racionalmente genuína e legítima. E, devido ao manejo de princípios como categorias normativas, isso ocorre notadamente em casos mais complexos de jurisdição constitucional. As regras de publicidade são magnificadoras dos efeitos da regra de redução argumentativa, os quais distanciam todo o sistema de uma concepção de integridade, precisamente porque revelam as distorções argumentativas da produção do acórdão, e a falta da coerência interna do acórdão, que não é uma peça que basta em si em termos argumentativos. O acórdão é uma peça tão excessivamente sintética e pobre em argumentação, que qualquer análise que procure uma interpretação mais densa dos fundamentos, da *ratio decidendi* de um caso, deve necessariamente analisar o voto individual de cada ministro naquele caso. Acórdãos são, de certa forma, como palimpsestos²¹. A olho nu só os vemos superficialmente. É difícil e custoso entender o que está por trás deles, e, quando conseguimos decifrá-los, constatamos que o texto explícito não decorre do texto implícito.

Até agora, demonstramos que, diferentemente da *opinion* produzida pela SCOTUS, o acórdão não decorre, de forma racionalmente legítima e argumentativamente genuína, dos votos proferidos pelos integrantes do STF. Vimos que isso é contrário ao ideal em si de integridade, que exige que a prática jurídica seja argumentativa e interpretativa. Mas, se voltarmos às páginas 5 e 6 deste trabalho, lembraremos que a proposição da integridade tem como pressupostos não só a proposição da argumentação, mas também a proposição da coerência com decisões anteriores, *do tipo adequado*. Acredito que também nesse aspecto, de que tipo de coerência existe em nosso sistema, a prática da nossa regra de redução argumentativa nos afasta do ideal de integridade proporcionado pelo modelo da SCOTUS.

Na página 23 demonstramos que, muito embora Dworkin consinta em afirmar que existe uma face legislativa da integridade, a integridade está muito vinculada à doutrina do precedente. Para os fins limitados deste trabalho, é suficiente que compreendamos que as decisões judiciais proferidas em um sistema que adote a doutrina do *stare decisis* revestem-se de um poder especial, consistente em que, nos casos futuros, o tribunal que proferiu a decisão, ou os tribunais a ele inferiores, vinculam-se a essa decisão, mas de uma forma especial. Segundo essa forma especial, não é o conteúdo litigioso decidido concretamente que vincula os casos futuros – essa solução jurídica é inevitavelmente

²¹ Palimpsestos são documentos escritos em pergaminhos reutilizados, prática comum na idade média. Como pergaminho é um material resistente ao tempo, e custoso de se produzir, era economicamente viável apagar ou raspar o conteúdo de um documento obsoleto ou herético para escrever um novo texto no pergaminho. No séc. XX técnicas mais modernas permitiram decifrar, com algum grau de imperfeição, o texto anterior.

obrigatória de forma concreta devido a outros atributos de uma decisão judicial, tais como imutabilidade, coisa julgada, força executória, etc. A forma especial de decorrência segundo a qual a prática jurídica atual dos tribunais deve decorrer de decisões tomadas na prática jurídica do passado refere-se não ao resultado das decisões, mas sim aos seus fundamentos, ao que se convencionou chamar de *ratio decidendi*. É importante ter em mente que quem diz o que é *ratio decidendi* é o tribunal do presente que interpretará a decisão do passado, e extrairá dela os seus fundamentos, os princípios, muitas vezes implícitos, que servirão como norma para o caso atual. Como vimos, essa dinâmica de busca interpretativa por princípios implícitos que fundamentam as regras, e a atitude de que esses princípios em si são fontes de obrigações, é precisamente o que caracteriza uma comunidade de princípios correspondente à concepção do direito como integridade.

Como opera, quanto a essa questão, a regra de redução argumentativa do STF, e que é, de certa forma, semelhante a dos demais tribunais brasileiros? O nosso sistema jurídico é classificado como de *civil law*, direito continental, decorrente do direito romano-germânico, e assim nossa tradição dá força normativa à lei, às decisões do legislativo. Apesar de identificarmos valor interpretativo, argumentativo e ilustrativo na jurisprudência, a idéia de força vinculante dos precedentes judiciais nos é historicamente estranha. Não vou analisar a fundo essas questões, mas proponho façamos um exercício imaginativo. Imaginemos que, por motivos súbitos, mas ignorados, nossa comunidade passe a exigir que nossos tribunais se comportem segundo a doutrina do precedente. Nossas regras procedimentais atuais, e, em especial nossa regra de redução argumentativa, seriam adequadas para esse novo modelo? Acredito que não, não seriam. A resposta já foi dada em diversos pontos no decorrer do artigo. Nossa regra de redução argumentativa não é adequada à doutrina do precedente, primeiro, porque a estrutura do acórdão é excessivamente sintética, e segundo porque ele não decorre de forma racionalmente legítima ou de forma argumentativa legítima dos votos dos ministros. Essas são as duas adversidades principais, mas há outras que tangenciam a idéia: o sistema é de múltiplas entradas, porque cada voto tem relevo idêntico uma vez que é registrado por escrito e lido publicamente; isso impede, ou dificulta a confecção de repositórios de precedentes, essenciais à doutrina do precedente, e que retiram seu valor principal do grau de certeza não do seu conteúdo literal, mas sim dos fundamentos jurídicos neles contidos.

Dworkin distingue dois atributos em uma decisão judicial, um é a autoridade específica dessa decisão, o outro é a sua força gravitacional (DWORKIN, 2002, p. 189). Aquele se refere aos atributos clássicos de imutabilidade e executoriedade do resultado

explicitado em qualquer decisão judicial. Este decorre do fato de que algumas decisões são baseadas em princípios e de que a integridade recomenda que estes princípios sejam encarados como obrigatórios para casos futuros. Se transpusermos esse modelo para a nossa realidade, concluiremos que um acórdão, enquanto resultado de um julgamento, sempre tem efetividade e deve ser obrigatoriamente cumprido. Mas o acórdão não é em si um pólo de gravitação principiológica, e a nossa regra de redução argumentativa dilui qualquer possibilidade de surgimento de uma força dessa natureza na azáfama da coleção de votos e fundamentos jurídicos em *seriatim*.

Nesse exercício imaginativo que propus posso sofrer a objeção de que, do ponto de vista de tecnologia jurídica, não é razoável julgar o STF por não adotar uma regra de redução argumentativa que é compatível com outro sistema jurídico, e não com o nosso. Em outras palavras, essa objeção diz que, como o nosso sistema não é de *common law*, o modelo de nossa regra de redução argumentativa é tecnologicamente adequado ao nosso sistema, e é irrazoável querer que ele se adéqüe ao de *common law*. Posta dessa maneira a objeção faz sentido, pelo menos em suas premissas, e não posso precisar com rigidez de causalidade natural o que é causa ou conseqüência na nossa prática jurídica – algo que é em boa medida mais herdado do que escolhido. Respondo à objeção com duas colocações adicionais. Uma é a de livre investigação. Sou naturalmente avesso à importação impensada de institutos jurídicos, especialmente aqueles que possuem uma incompatibilidade sistêmica pronunciada. Mas acredito que o direito comparado, se praticado com responsabilidade, pode ter sua validade prática na proposta de melhorias de determinado ordenamento jurídico inspiradas – e não apenas copiadas – de ordenamentos alienígenas. Minha primeira resposta a essa possível objeção é, então, sim, consinto que a prática da nossa regra de redução argumentativa é coerente com o nosso ordenamento jurídico, principalmente com a evolução histórica da prática jurídica em nossos tribunais. Mas ao mesmo tempo, creio ser legítimo e cientificamente válido indagar se é possível termos um modelo melhor de regra de redução argumentativa, e o que proponho nesse artigo é que o parâmetro de se definir o que é melhor seja encontrado em uma concepção do direito, o direito como integridade, que em última instância tem como escopo uma comunidade fundada em princípios, o que propiciaria mais legitimidade às suas decisões políticas.

Afirmei no parágrafo anterior que nosso modelo de regra de redução argumentativa é compatível com a história da nossa prática jurídica. Todavia, até mesmo Francis Fukuyama admite que a história não tem fim. E aí reside nossa segunda resposta à objeção. Ainda que a regra de redução argumentativa, que é uma regra de discurso expressa

em regras procedimentais, a engesse de certa forma, a prática jurídica dos tribunais não pára de evoluir. E isso é especialmente verdadeiro no STF. A feição própria de tribunal constitucional, aliada ao valor e perícia dos “godos” que o compõem no combate da prática jurídica, fazem com que o STF seja, e precise ser, o tribunal brasileiro que está na vanguarda da evolução jurisdicional. Nossa segunda resposta à objeção já estava de certa forma exposta nas páginas 25 e 26 retro, quando demonstramos que a evolução histórica fez com que princípios passassem a ser encarados como proposições normativas, mas que, todavia, nossa regra de redução argumentativa não se adéqua com perfeição ao seu manejo. Mas estamos tratando neste ponto não de princípios, mas da correlação entre integridade e *stare decisis*. Nesse sentido, a história não parou e podemos afirmar que há hoje uma prática no STF que se associa a uma forma de vinculação ao precedente, inspirada não diretamente no *common law*, é verdade, mas na prática jurídica do Tribunal Constitucional Federal Alemão – BVerfG²². Escolhemos a teoria dos motivos determinantes para ilustrar essa tendência²³, de que a prática jurídica no direito brasileiro, em especial a do STF, vem enxergando nos fundamentos não só aquele caráter tradicional e endoprocessual de justificação racional da decisão. Mais do que chave de justificação, os fundamentos das decisões ganham cada vez relevância para a decisão de casos futuros. Em certa medida ainda não são vistos como obrigatórios ou vinculantes, mas sua força é mais do que meramente ilustrativa, como a jurisprudência é tratada classicamente nos países de *civil law*.

Seguindo essa tendência, o STF vem desenvolvendo a interpretação de que o conteúdo da expressão “efeito vinculante”, contida no art. 102, §2º da nossa Constituição refere-se a algo que ultrapassa o tradicional efeito abstrato (*erga omnes*) da obrigatoriedade das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade²⁴. O entendimento é promovido principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes (MENDES, 1999), com o objetivo de assegurar força vinculante não apenas à parte

²² Abreviatura – ou o que quer que seja isso – de *Bundesverfassungsgericht*.

²³ Freddie Didier (DIDIER, 2007, p. 234) enumera uma série de regras processuais que representam uma tendência de valorização normativa dos fundamentos das decisões judiciais: “(i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da ‘súmula vinculante’ em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88, e Lei Federal n. 11.417/2006), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmulas dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, §1º, 544, §3º, 557, etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), (v) dos recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, ‘c’, CF), (vi) do estudo do incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006, que regulamento o § 3º do art. 102 da CF/88).”

²⁴ CF Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes do julgamento. A Alemanha é uma federação assim como o Brasil, ambas as respectivas constituições trazem definições das competências de cada ente federado. Tanto lá como aqui é comum que os entes federados promulguem, cada um, normas semelhantes em termos de conteúdo, as chamadas normas paralelas, e um dos problemas típicos de um tribunal constitucional é o julgamento de processos que envolvem o juízo de adequação de normas locais à constituição nacional. Se uma dessas normas paralelas for definida como inconstitucional, é trivial entender que as demais também o sejam. Então, o BVerfG desenvolveu um mecanismo procedimental, denominado de transcendência dos motivos determinantes, que permite o julgamento da inconstitucionalidade das outras normas paralelas, mediante um procedimento mais sumarizado. É como se, declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, ainda assim os legisladores dos Estados B e C, que não foram partes naquele processo do Estado A, são vinculados aos motivos determinantes da decisão desse mesmo Estado A. No Brasil, a forma sumarizada de garantir efetividade aos motivos determinantes de decisões pretéritas sobre normas paralelas vem sendo encontrada no procedimento da reclamação²⁵.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes é, do ponto de vista de profundidade argumentativa, menos complexa do que a doutrina do *stare decisis*. Ela é menos complexa do que a doutrina do *stare decisis* porque nesta os princípios contidos na *ratio decidendi* estão, muitas vezes, implícitos, sendo necessário um esforço de interpretação e argumentação para revelá-los. Da mesma forma, os princípios contidos na *ratio decidendi* podem ser, e efetivamente o são, usados em casos futuros que versam sobre problemas substancialmente diferentes (ainda que possam ser resolvidos pelos mesmos princípios), enquanto que a teoria da transcendência tem sua aplicabilidade apenas em casos substancialmente idênticos, só mudando os interessados, como no caso das normas paralelas – o problema é o mesmo, o direito é o mesmo, só mudam os estados que promulgaram cada norma. Mas, segundo esse critério, a teoria da transcendência é mais complexa do ponto de vista argumentativo que a aplicação de efeitos *erga omnes*: esta depende apenas do manejo do resultado do julgamento, do dispositivo da decisão, enquanto que a teoria da transcendência envolve a indagação quanto às normas jurídicas que constituem, pelo menos em um grau explícito, os fundamentos do julgado.

²⁵ Exemplos práticos extensivamente citados por outros autores: Medida Cautelar na Reclamação 2.986, relator Min. Celso de Mello; Reclamação 1.987, relator Min. Mauricio Correa; Reclamação 4.987, relator Min. Gilmar Mendes; Agravo Regimental na Reclamação 2.617, relator Min. Cezar Peluso.

Creio ser ainda muito cedo, e a experiência do STF com a teoria da transcendência dos motivos determinantes pouco experimentada, para se ter uma conclusão, em concreto, se a nossa regra de redução argumentativa atual é a ela adequada ou não. Mas consigo elencar uma série de indícios de que não, ela não é adequada, pelo menos não de forma perfeita. O fato de o acórdão não decorrer de forma racionalmente lógica dos votos dos ministros, e o problema que os casos “difíceis” representam em um modelo em *seriatim* fazem com que a teoria da transcendência dos motivos determinantes tenha pouca possibilidade de expansão, para além de simples casos de inconstitucionalidade de normas inter-federativas paralelas, no cenário da nossa regra de redução argumentativa atual. Creio que podemos encontrar uma boa pista de que a prática jurídica do STF poderia ser incrementada nesse tocante na própria lei que regula o BVerfG²⁶ (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht). A regra de redução argumentativa desse tribunal está basicamente contida no artigo 30 (1), e afirma que “o Tribunal Constitucional Federal deve decidir em deliberações secretas, com base na sua convicção independente, resultante dos pedidos e da obtenção de provas. A decisão deve ser elaborada por escrito, em conjunto com as razões, e assinada pelos juízes participantes”. No artigo 30 (2) encontra-se a válvula de escape da regra de redução argumentativa para o dissenso ou opinião particular de um integrante do tribunal: “o juiz que proferir um voto divergente sobre a decisão, ou sobre as respectivas razões, podem tê-lo registrado em separado”, e esse voto “deve ser anexado à decisão”. Uma regra de redução argumentativa, percebe-se, similar ao modelo de Lord Mansfield, e certamente distante do sistema em *seriatim* que caracteriza o STF.

Demonstramos no decorrer deste trabalho que, segundo a visão que propomos, a nossa regra de redução argumentativa faz com que apenas o resultado do julgamento tenha relevância e efeitos fora do processo. Os fundamentos adotados em um caso não podem se tornar, devido às peculiaridades da construção do acórdão, proposições jurídicas aplicáveis a outros casos, e vimos também que isso não de adéqua a uma concepção

²⁶ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Article 30:

(1) The Federal Constitutional Court shall decide in secret deliberations on the basis of its independent conviction resulting from the pleadings and the taking of evidence. The decision shall be drawn up in writing together with the reasons and signed by the participating judges. If oral pleadings have been held, it shall be proclaimed publicly, stating the main reasons for the decision. The date of proclamation may be given during the oral pleadings or at the end of the deliberations; in this case it shall be immediately made known to the parties involved. No more than three months should lie between the end of oral pleadings and the proclamation of the decision. The date may be deferred by an order of the Federal Constitutional Court.

(2) A judge holding a dissenting opinion on the decision or the reasons during deliberations may have it recorded in a separate vote; the separate vote shall be appended to the decision. In their decisions the panels may state the number of votes for and against. The details shall be laid down in the rules of procedure.

(3) All decisions shall be made known to the parties.

de direito como integridade. Para ilustrar essa consequência, vou expor sumariamente um caso julgado pelo STF acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel/devedor fiduciante. Como esse julgamento não teve ainda seu acórdão e votos publicados, escolhemos os Informativos do STF como fonte²⁷. Trata-se o caso de Recurso Extraordinário (RE nº 466343) no qual o Banco Bradesco recorre ao STF de decisão do TJSP que não previu a possibilidade de decretação de prisão civil de devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia.

Há muitas normas que tratam da prisão civil do depositário infiel. O Código Civil de 1916 a permitia, e o Decreto-Lei nº 911 de 1969 equiparava ao depositário infiel, para fins de prisão civil, o devedor inadimplente do contrato de alienação fiduciária em garantia²⁸. A Constituição de 1988 não aceita a prisão civil por dívida, “salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”²⁹. Em 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH foi internalizada no nosso ordenamento jurídico, proibindo que qualquer pessoa seja detida por dívidas, e ressaltando apenas a situação do devedor de alimentos³⁰. Porém em 2002, o Código Civil permitiu a prisão civil do depositário³¹. Para completar o imbróglio, a Constituição, desde a sua redação original, afirma que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais adotados pelo Brasil³², mas em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu dispositivo segundo o qual tratados sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, se aprovados em processo legislativo tão qualificado quando o destas³³.

²⁷ Isso faz com que eu não possa deixar de notar que, apesar de os Informativos serem um recurso tecnológico valioso, o nosso saber quanto à *ratio decidendi* desse caso tem um grau de precisão assemelhado ao dos primeiros compiladores ingleses do *seriatim*

²⁸ DL nº 911/69, art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito

²⁹ CF, Art. 5º LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

³⁰ Decreto nº 678/92, CADH. Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal - 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

³¹ Código Civil, art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

³² CF, Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³³ CF, Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para responder ao problema posto, se o depositário infiel ou o devedor fiduciante pode ou não ser preso, as possibilidades interpretativas se concentram em dois pontos. O primeiro é a definição do *status* da CADH no ordenamento jurídico. Se ela possuir a mesma hierarquia normativa de uma lei, o problema seria simples. Em 1992 ela teria derogado, quanto à possibilidade de prisão civil, o Código Civil antigo e o Decreto-Lei nº 911 de 1969. Mas teria, por sua vez, a CADH sido derogada em 2002 pelo Código Civil novo, que permite a prisão nesse caso. A dúvida debatida no STF foi se o Pacto de São José da Costa Rica era, ou valeria em importância no ordenamento, o mesmo que uma lei? Caso contrário, valeria como o quê, e por qual razão? O segundo ponto é a constitucionalidade de o legislador equiparar o contrato de alienação fiduciária em garantia ao de depósito, equiparando a prisão civil do depositário infiel a do devedor fiduciante inadimplente.

O julgamento transcorreu por várias sessões, e ultimou-se em 3 de dezembro de 2008. Os ministros foram unânimes na sua definição quanto ao resultado daquele processo: todos votaram por negar provimento ao recurso extraordinário, o que equivale a dizer que não admitem nenhuma forma de prisão decorrente de dívidas, a não ser que se trate de inadimplência em alimentos. Essa decisão se deu em controle difuso de constitucionalidade, o que significa que nenhuma norma abstrata foi retirada do ordenamento jurídico, e que os tribunais e juízes inferiores não se vinculam de forma obrigatória ao conteúdo decidido enquanto tese. Entretanto, ainda que não vinculante, a unanimidade demonstrada nesse julgamento possui um forte poder de convencimento dos demais juízes que julgam casos semelhantes, que, até por pragmatismo, passam a “submeter-se” ao entendimento do STF.

Como o resultado desse caso foi unânime, sabemos explicitamente, com precisão, o que, em termos de resultado, o STF pensa sobre a prisão civil. Mas os motivos, os porquês, de o STF não admitir a prisão civil por dívidas do depositário infiel ou do devedor fiduciante ainda não estão claros. Sabemos o que cada ministro pensa sobre o assunto, mas não se produziu uma definição consolidada que efetivamente espelhe a opinião do tribunal. Notadamente, esse julgamento ficou famoso porque fendeu o STF quanto a uma questão fundamental do ordenamento jurídico: hierarquia das normas. Todos os ministros concordaram que o Pacto de São José da Costa Rica, enquanto tratado sobre direitos humanos, é superior às leis ordinárias que previam a prisão civil do depositário, mas discordaram sobre essa forma de superioridade. O Ministro Cezar Peluso liderou a parte do tribunal que acredita que os tratados sobre direitos humanos têm hierarquia de norma constitucional, enquanto que o Ministro Gilmar Mendes puxou o entendimento de que esses

tratados posicionam-se em um patamar “supralegal”. Todavia, ambos, Peluso e Mendes, concordaram que equiparar depositário infiel a devedor fiduciante, para fins de prisão civil, viola o princípio constitucional da reserva legal. Fiz mais um quadro para facilitar a visualização dessa clivagem:

**QUADRO IV – RESULTADO E FUNDAMENTOS EXPLÍCITOS / IMPLÍCITOS
DO RE 466343/SP**

MINISTRO	CONCLUSÃO do RE 466343/SP	FUNDAMENTOS	
		<i>Hierarquia de tratados sobre direitos humanos</i>	<i>Equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel</i>
<i>Cezar Peluso (Relator)</i>	Não-Provimento	Constitucional	Ofende o princípio constitucional da reserva legal
<i>Gilmar Mendes (Voto-vogal)</i>	Não-Provimento	Supralegal	Ofende o princípio constitucional da reserva legal
<i>Cármem Lúcia</i>	Não-Provimento. Seguiu vogal na fundamentação.	Supralegal	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Ricardo Lewandowski</i>	Não-Provimento. Seguiu vogal na fundamentação.	Supralegal	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Joaquim Barbosa</i>	Não-Provimento. Seguiu vogal na fundamentação.	Supralegal	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Carlos Britto</i>	Não-Provimento. Seguiu vogal na fundamentação.	Supralegal	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Marco Aurélio</i>	Não-Provimento.	Não se pronunciou sobre essa questão	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Celso de Mello (Voto-vista)</i>	Não-Provimento. Seguiu relator na fundamentação.	Constitucional	Ofende o princípio constitucional da reserva legal
<i>Menezes Direito (Voto-vista)</i>	Não-Provimento. Seguiu vogal na fundamentação.	Supralegal	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Ellen Gracie</i>	Não-Provimento. Seguiu relator na fundamentação.	Constitucional	Não se pronunciou sobre essa questão
<i>Eros Grau</i>	Não-Provimento. Seguiu relator na fundamentação.	Constitucional	Não se pronunciou sobre essa questão
TOTAL	<i>11x0 pelo não provimento</i>	<i>6x4 pela supralegalidade</i>	<i>3x0 pela inconstitucionalidade de equiparar = 11 *</i>

* *Obs.: Apenas três ministros, dois destes os que votaram primeiro, mencionaram essa questão expressamente, mas nenhum se opôs a ela. Para fins de contagem de resultado, adotamos uma postura conciliatória, interpretando que os ministros subseqüentes que não mencionaram essa questão em seus votos aquiescem quanto a ela como fundamento.*

Esse quadro facilita a demonstração de que essa decisão, tão unânime em termos de resultados, é profundamente dividida quanto a um dos aspectos dos seus fundamentos. O tribunal cindiu-se, em uma maioria apertada, entre duas visões não conciliáveis entre si da pirâmide da hierarquia normativa. Acredito que esse quadro nos ensina pelo menos seis lições:

1. Em termos práticos, como no nosso sistema o precedente não é vinculante, não precisamos nos preocupar muito, por enquanto, se os tratados sobre direitos humanos são ou não normas legais ou constitucionais;

2. Demonstra na prática que a nossa forma de decidir em *seriatim*, que a nossa tecnologia de acórdãos, faz com que sejam produzidas soluções não consensuais, que não expressam unidade nos julgados do STF;
3. De qualquer forma, em um sistema que adota a doutrina do *stare decisis*, como o estadunidense, por exemplo, uma decisão dessa natureza proferida pela SCOTUS dificilmente seria encarada como vinculante em toda a sua força. Hierarquia de normas é um assunto fundamental demais a um sistema jurídico, o que estimularia certamente a emissão de *concurring* e *dissenting opinions*, diminuindo a força vinculativa da decisão;
4. Em um modelo do tipo da SCOTUS, a *ratio decidendi* da decisão seria procurada menos na motivação explícita, e mais nos princípios implícitos e abrangentes da decisão. Esse *leading case* do STF vem sendo extensivamente debatido e divulgado pela questão da supralegalidade/constitucionalidade, a nosso ver, paradoxalmente – já que a clivagem do tribunal retira força desse aspecto da decisão. Se fosse outra a nossa regra de redução argumentativa, o verdadeiro princípio abrangente, aceito unitariamente pelo STF neste caso, seria destacado e ganharia força para influenciar casos futuros: o de que certas equiparações entre situações jurídicas distintas feitas pelo legislador são entendidas como ficções constitucionalmente inaceitáveis tendo em vista o princípio da reserva legal;
5. Comprova que decisões complexas, que envolvem princípios fundamentais, quando proferidas em um modelo em *seriatim* podem levar a uma deslegitimação do sistema. Se aplicarmos uma regra meramente aritmética (resultando nesse caso em 6x4 em favor da supralegalidade), podemos concluir que o STF julgou que tratados em direitos humanos são normas supralegais, o que não é verdadeiro. Uma regra de redução argumentativa mais sofisticada do que a mera contagem não concluiria que o STF decidiu pela supralegalidade, mas concluiria que o STF não decidiu o assunto de forma suficientemente abrangente, diminuindo a força vinculante dessa decisão;
6. Mesmo que o nosso sistema adotasse a doutrina do precedente vinculante, a simples contagem aritmética geraria uma distorção. No nosso caso, não enxergo vantagens, em termos de legitimidade, em um ordenamento no qual a posição dos batentes da sua pirâmide normativa se alterasse simplesmente quando mudasse a composição da sua suprema corte.

Esses são os motivos que usamos para escolher a alegoria de godos como os personagens representados pelos ministros do STF, e que na verdade, pode ser usada para representar os integrantes de qualquer tribunal brasileiro. Do ponto de vista argumentativo, cada ministro pensa, raciocina e exprime isoladamente o resultado jurídico que entende correto, e o produto final e efetivo do julgamento do acórdão não expressa genuinamente e de forma completa os fundamentos usados nos votos. Nossos godos lutam com bravura, ressalte-se, mas de forma caótica, e o resultado final da batalha não decorre da harmonia entre seus esforços. Claro, os integrantes do tribunal sabem que essa perda de qualidade

argumentativa ocorre quando opera a regra de redução, e é provável que quando redigem seus votos adaptem sua argumentação a essa situação de forma a tentar que sua opinião neles expressa tenha mais chance de sucesso e seus argumentos e solução proposta sejam, de forma menos distorcida possível, representados no acórdão. Mas, ainda assim, o modelo de regra de redução argumentativa por nós adotado acarreta uma tendência de que a redução ocorra não apenas na quantidade dos argumentos, mas também na sua qualidade, quando se opera a mudança dimensional dos votos para o acórdão. E, é natural, batalhas sobre questões de jurisdição constitucional são de certa forma mais encarniçadas no seu aspecto argumentativo, o que torna nossos godos no STF mais visíveis e terríveis.

Conclusão

An army of barbarians had indeed penetrated for conquest and for vengeance to the City of the World! The achievement which the invasions of six hundred years had hitherto attempted in vain, was now accomplished, and accomplished by the men whose forefathers had once fled like hunted beasts to their native fastnesses, before the legions of the Caesars—“The Goths are at the gates of Rome!”
Antonina de Wilkie Collins

Escolhi duas imagens para representar a comparação entre o STF e a SCOTUS: godos e falange. Quero deixar explícito que essas alegorias não foram escolhidas pela eficiência em qualidade militar denotada por seus correspondentes históricos. Falanges nunca pelejaram contra godos, e, se formos estabelecer alguma correlação nesse tocante, ela favorecerá estes últimos. Afinal, os godos submeteram as centúrias romanas, que séculos antes haviam suplantado as falanges helênicas como estado-da-arte das formações estratégicas. Falanges não são melhores do que godos, mas são mais disciplinadas. Novamente, o próprio critério de distinção, a disciplina, é aqui usado em seu sentido conotativo. Não me refiro à disciplina de costumes ou ao comportamento individual dos integrantes da SCOTUS ou do STF. A divisão da SCOTUS em facções, descrita por Dworkin em *The Supreme Court Phalanx*, demonstra um estado de beligerância e clivagem entre os *justices* inexistente no STF. A disciplina a qual me referi neste trabalho trata-se de uma disciplina argumentativa, de discurso uniforme na prática jurídica de um tribunal.

Não tratei aqui de conteúdo substancial, de critérios de justiça da prática jurídica do STF ou da SCOTUS. Limitei-me a tratar de questões de forma das decisões, da forma como a regra de redução argumentativa opera nos fundamentos, os quais atuam como categorias argumentativas antecedentes ao resultado das decisões dos tribunais. Minha análise partiu da premissa de que, muito embora eu tenha tratado apenas de questões procedimentais, adjetivas, a motivação tem um valor em si, independente do valor de justiça do conteúdo manejado. Ao lado da justiça e da equidade, o devido processo legal e a integridade também são virtudes (DWORKIN, 2007b, p. 261). Partindo dessa premissa, de que a motivação possui um valor em si, é que se situam os dois principais problemas expostos neste artigo. No primeiro nos perguntamos se faz sentido dizer que existem formas melhores, ou mais adequadas, de se fundamentar uma decisão judicial. Acredito que sim, e creio que dois trechos do Tratado da Argumentação de Chain Perelman e Lucie Olbrecht-Tyteca condensam a justificativa dessa resposta:

A apresentação dos dados não é independente dos problemas de linguagem. A escolha dos termos, para expressar o pensamento, raramente deixa de ter alcance argumentativo. (PERELMAN/OLBRECHT-TYTECA, 2000, p. 168)

A maneira pela qual formulamos o nosso pensamento mostra algumas de suas modalidades, que modificam a realidade, a certeza ou a importância dos dados do discurso. (PERELMAN/OLBRECHT-TYTECA, 2000, p. 174)

No segundo problema indagamos como a fundamentação das decisões realmente se dá em um órgão judicial colegiado? Tentamos identificar, nas regras de redução argumentativa dos tribunais de cúpula de dois países, pontos de comparação distintivos entre ambos. Nosso conceito de regra de redução argumentativa encontra-se no capítulo 2. Uma regra discursiva, mas representada por regras jurídicas processuais, que diz como um tribunal organiza o esforço coletivo de seus integrantes para produzir decisões. Descrevemos as regras de redução argumentativa da SCOTUS no capítulo 3, e as do STF no capítulo 4, e as comparamos uma com a outra concomitantemente a esse processo descritivo. A comparação se deu segundo alguns critérios, retirados da leitura e da consolidação que fizemos da teoria de Ronald Dworkin, do direito como integridade, sumarizada no capítulo 1.

O quadro a seguir sintetiza os pontos de comparação, nos quais a regra de redução argumentativa de cada tribunal se caracteriza distintamente quanto a critérios de correlação com uma concepção de direito como integridade:

QUADRO V – COMPARAÇÃO DA REGRA DE REDUÇÃO ARGUMENTATIVA SCOTUS X STF, SOB OS CRITÉRIOS DA INTEGRIDADE PROCEDIMENTAL

		SCOTUS	STF
		<i>Opinion of the Court</i>	<i>Acórdão</i>
1	<i>Debate e Discussão Prévia:</i>	Sim. Conferência privada, circulação do <i>draft</i> da <i>opinion</i> .	Não. Votos proferidos em sessão, e em série.
2	<i>Produção da decisão escrita/ Consolidada:</i>	Minuta circula pelos <i>justices</i> sugestão de alterações.	Ministro que proferiu o primeiro voto "vencedor" redige acórdão.
3	<i>Compleitude argumentativa:</i>	Sim. <i>Opinion</i> contém dispositivo e fundamentação.	Não. Acórdão contém dispositivo e fundamentação extremamente sintética
4	<i>Registro de opiniões individuais:</i>	O padrão é que as <i>opinions of the court</i> expressem a opinião uniforme da corte: solução conciliatória e baseada em princípios mais abrangentes. Registros individuais são possíveis, através de <i>dissenting</i> e <i>concurring</i> <i>opinions</i> .	Obrigatório, ocorre sempre. Prática do <i>seriatim</i> prevê que o voto de cada ministro seja escrito, lido na sessão, e registrado.
5	<i>Integridade/ Criação de obrigações:</i>	Fundamentos tornam-se obrigatórios para casos futuros; Incentivo à prospecção dos princípios implícitos.	Resultado torna-se obrigatório para casos futuros; Resultado contido na dimensão superficial da decisão
6	<i>Onde estão os fundamentos:</i>	Na própria <i>opinion</i> . Decisão formada com única entrada.	Não estão expressos de forma completa no acórdão. Fundamentos estão em documentos anteriores (votos), um para cada ministro.

A teoria do direito como integridade possui a nosso ver duas principais qualidades. Primeira, correlaciona intimamente a justificação racional da decisão com a legitimidade por ela espelhada. Uma decisão, judicial ou legislativa, só é genuína se o seu resultado decorrer, de forma racional e lógica, dos seus fundamentos. Segunda, uma comunidade de princípios enxerga não apenas a decisão, mas também seus fundamentos, como fontes de obrigações para casos futuros. Esses fundamentos são revelados através da argumentação e interpretação, e essa atitude de entendê-los como fontes de obrigações faz com que essa comunidade perceba sua prática política e jurídica como mais legítima.

Mas essa valorização do caráter argumentativo do direito não é exclusiva de Dworkin, ela é típica dos autores classificados como pós-positivistas. Letícia Amorim (AMORIM, 2005, p. 123) aponta quatro características das teorias jurídicas pós-positivistas: dão aos princípios valor normativo; aproximam a teoria moral à teoria do direito, reabilitando a axiologia dos direitos fundamentais; e, no que interessa ao este trabalho, dão relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito; e reabilitam a razão prática, buscando:

[...] procedimentos (regras de argumentação) que possam dar respostas racionais aos *hard cases* (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico.

Dessa forma, Chain Perelman³⁴, Robert Alexy³⁵ e Jürgen Habermas³⁶, todos apresentam em suas obras, sob diferentes formulações, alguma relação de correlação entre legitimidade e argumentação no processo de prática jurídica, especialmente o judicial. Propusemo-nos, no decorrer deste artigo, a tentar demonstrar que a nossa regra de redução argumentativa e o seu produto, o acórdão em *seriatim* são estruturas argumentativamente inadequadas para promover os valores típicos do pós-positivismo, tais como a normatividade dos princípios, e a legitimidade que reside na exigência de decorrência racional entre os resultados de uma decisão judicial e fundamentos genuínos. Quando, muito, espero ter sido bem sucedido em demonstrar a defasagem do *seriatim* enquanto técnica procedimental. Ela não é mais usada, como vimos, nos EUA, na Inglaterra e na Alemanha. Favoreu nos dá notícia que Espanha e Áustria também não a utilizam em suas cortes constitucionais³⁷.

³⁴ “Motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação [...] que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta de uma tomada de posição arbitrária.” (PERELMAN, 2000, p. 222)

³⁵ “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados [...] essa constatação [...] caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea [...] em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas.” (ALEXY, 2001, p. 17)

³⁶ “Devido ao seu elevado grau de racionalidade, a prática da decisão judicial constitui o caso mais bem analisado de uma interligação entre o procedimento jurídico institucionalizado e um processo de argumentação que subtrai, em sua estrutura interna, à institucionalização jurídica. Neste cruzamento de procedimentos, se revela que o universo do direito pode abrir-se, a partir de dentro, para argumentações, através das quais argumentos pragmáticos, éticos e morais têm acesso à linguagem do direito, sem suspender, de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, de outro lado, o código jurídico. [...] Normas de procedimento regulam, por exemplo, a participação em processos de formação de opinião e da vontade, dirigidos argumentativamente, bem como a distribuição de papéis nesse processo, o leque temático e o seu próprio fluxo.” (HABERMAS, 2003, p. 222)

“Os processos racionais de normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. [...] Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente.” (HABERMAS, 2003, p. 245)

³⁷ “Corte Constitucional Austríaca [...] As decisões são preparadas pelos relatores gerais, eleitos pela Corte. A Corte decide com a presença da maioria dos membros presentes; em caso de empate o voto do Presidente é preponderante. A deliberação e o voto são tomados a portas fechadas. Os votos não são publicados e as opiniões dissidentes ou individuais não são antecipadas.” (FAVOREU, 2004, p. 45)

“Tribunal Constitucional Espanhol [...] as decisões são tomadas pela maioria dos membros da composição, sendo o voto do Presidente preponderante em caso de empate. O presidente e os membros podem declarar sua opinião divergente e esta será transcrita nos motivos ou no dispositivo da decisão e publicada juntamente com a

Cogito agora de uma última objeção a este trabalho. E se todo o esforço de demonstrar que a prática do *seriatim*, enquanto regra de redução argumentativa de um tribunal, não se coaduna com o ideal de integridade for trivial, e trivial porque concluamos, desafortunadamente, que a integridade não é uma virtude para o direito brasileiro? Consinto em parte com esta objeção. É possível que a integridade não seja uma virtude tão relevante no direito brasileiro. As decisões de nossa comunidade aparentam muitas vezes ser mais próximas de uma concepção pragmática: nossas leis são apenas questões de estratégia, e nossa prática jurídica é vista como mero instrumento de outros valores, alguns legítimos, outros não. Outras vezes, somos convencionalistas: as leis não passam de soluções conciliatórias entre grupos políticos clivados e descompromissados com o ideal de comunidade, ou a prática jurídica se fundamenta apenas em regras superficiais. Ademais, é difícil encontrar valor em si na coerência com decisões passadas, se estendermos a busca por essas decisões a um passado anterior a 1988.

Talvez a integridade não seja um valor, ainda, presente por completo nas nossas práticas jurídicas e políticas. Mas não há como negar que parte da nossa comunidade identifica na integridade um valor, senão atual, mas a ser perseguido. Já tivemos nossa dolorosa dose histórica da predominância de uma concepção pragmática de direito, e muitos buscam que a prática jurídica torne-se mais legítima, algo que o convencionalismo não oferece suficientemente. Nessa luta por integridade, o papel do STF é fundamental. Não apenas como órgão judiciário de existência concreta, cujas decisões terão reflexos diretos, concretos ou abstratos, sobre a prática jurídica, mas também como instituição simbólica para a comunidade brasileira. Quando se trata de jurisdição constitucional, essas duas dimensões, prática e simbólica, estão em boa medida imiscuídas. Como o STF não possui orçamento, exército, armas ou agentes para fazer cumprir sua vontade, o seu poder deve vir de outro lugar. Esse poder reside no único produto, na única forma de comunicação oficial do tribunal com o mundo exterior – seus julgados. Se a decisão é um elemento essencial de poder de um tribunal, a forma ou modelo como o tribunal anuncia ou comunica sua decisão faz parte do seu poder. Acredito que, em algum momento no futuro, a contínua evolução do STF deixará de se fixar apenas no conteúdo dos julgados, e a forma de decidir, a regra de redução argumentativa, evoluirá para um modelo mais atualizado, e que atenda as exigências modernas/pós-positivistas de incremento da racionalidade e legitimidade argumentativa das

sentença no Boletim Oficial do Estado. Em compensação, a listagem dos votos não é publicada da mesma forma.” (FAVOREU, 2004, p. 106)

suas decisões. Nossos godos já são individualmente guerreiros formidáveis, mas lutarão melhor pela integridade combatendo como uma falange.

Referências

ALEMANHA, GESETZ ÜBER DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Lei do Tribunal Constitucional Federal), disponível em <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001

AMORIM, Leticia Balsamão. A Distinção entre Regras e Princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 42, n. 165 jan./mar. 2005

BLACK, Campbell Henry. GARNER, Bryan A. (Edt.). **Black's law Dictionary**, 8th ed. St. Paul: Thomson West, 2007

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000.

CÓDIGO CIVIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. D.O.U. de 11.1.2002

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. D.O.U. de 17.1.1973

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. D.O.U. de 5.10.1988

DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. DOU de 9.11.1992

DECRETO-LEI Nº 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969, Estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária em garantia. D.O.U. de 3.10.1969

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. Salvador: Podium, 2007

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. The Supreme Court Phalanx. **New York Book Review**, New York, v. 54, n. 14, 27 de setembro de 2007a. Disponível em <www.nybooks.com/articles/20570>

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004

GERBER, Scott Douglas. **Seriatim: The Supreme Court before John Marshall**. New York: New York University, 2000

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HENDERSON, M. Todd. **From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissenting**. Chicago: University of Chicago, John M. Olin law & Economics Working Paper n° 363, 2008.

MENDES, Gilmar. O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>

PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

PERELMAN, Chain. OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

REGIMENTO INTERNO DO STF, disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_mar_2009.pdf>

RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Regras da Suprema Corte dos EUA), disponível em <www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativos de Jurisprudência do STF**. Brasília, 2008, n°s 449, 450, 477, 498, 531. Disponíveis em <www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>

TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004

HC 72131 / RJ – RIO DE JANEIRO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 01-08-2003 PP-00103

EMENT VOL-02117-40 PP-08650

Parte(s)

PACTE. : LAIRTON ALMAGRO VITORIANO DA CUNHA
IMPTE. : MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
INTDO. : SATEPLAN CONSORCIOS LTDA
ADVDO. : VILMAR JOSÉ ARRABAL DE CARVALHO
ADVDS. : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO

Ementa

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. – Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

Parágrafo expresso para dizer que não atinge princípio da publicidade

parágrafo sobre o tempo de divulgação da decisão final: nos EUA (meses, sem se saber antes o resultado) e no Brasil (anos, tendo o arremedo de resultado sido divulgado pela mídia, tb ADI 1480, convenção OIT 158, galindo 256)

Pedido de vistas, falar na parte do brasil mesmo, quando comparar com conferência privada