

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

JEAN TALON

**A PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE A IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS DO *COMMON LAW* À
LUZ DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO**

SÃO LEOPOLDO/RS

2024

JEAN TALON

**A PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO:
Uma análise sobre a importação de institutos do *common law* à luz das
capacidades institucionais do Poder Judiciário**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Linha de Pesquisa: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos

Orientadora: Dra. Clarissa Tassinari

São Leopoldo, RS

2024

T152p

Talon, Jean

A precedentalização do direito brasileiro: uma análise sobre a importação de institutos do *common law* à luz das capacidades institucionais do Poder Judiciário. / Jean Talon -- 2024.
205 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari.

1. Direito comparado. 2. Sistema jurídico. 3. Tradição jurídica. 4. Common law. 5. Civil Law. 6. Processo legislativo. 7. Positivismo jurídico. I. Título. II. Tassinari, Clarissa.

CDU 340.5

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: Uma análise sobre a importação de institutos do common law à luz das capacidades institucionais do Poder Judiciário**”, elaborada pelo mestrando **Jean Talon**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 02 de julho de 2024.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Júlio César Machado Ferreira de Melo _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. André Luiz Olivier da Silva _____ *Participação por Webconferência*

Babi, o acicate doeu, mas ajudou.
Neni, triste o naufrágio, ainda assim a embarcação que salvou do dilúvio.
Por ora, só águas tépidas e diáfanas. Só porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Ainda que soe por demais difuso, sinto-me premido a agradecer em primeiro lugar ao “contribuinte catarinense”, afinal, a presente pesquisa tem um mecenas: a Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo suporte financeiro, em última análise, só existe em função de quem paga (pesadas) exações, suporte de toda a Administração Pública. Da gratidão a esse ente difuso, por arrastamento agradeço a todos, magistrados e servidores, do corpo da Academia Judicial que de alguma forma acreditaram na pesquisa e a viabilizaram. O custo é alto, bem sei. O aprimoramento é pessoal, mas o resultado é a bem do público, certo de que o aperfeiçoamento acadêmico conduz à melhor prestação de serviço público.

Pela inspiração e por compartilhar a autoridade da experiência, *de quem passou por tudo isso*; pelas dicas sobre gerenciar arquivos; por desmistificar a leitura em dispositivos eletrônicos (aquele bem conhecido); pelas indicações literárias, tanto as deleitantes para desopilar do jurídico, como o Gabo, quanto das necessárias à pesquisa, como Manuel Atienza; pelo bom humor nas aulas de tópicos especiais, para mim a abertura de novo horizonte, para ela, o estágio de docência do doutorado; pela sempre boa e solta conversa, embora minha inveja pelo clima da Bahia. Enfim, as preposições “por” e “pelas” seriam ainda muito usadas, caso eu recordasse por tudo quanto sou grato a ti, Doutora Isadora Ferreira Neves, brilho em pessoa, que deu nova cor a ideias que meus olhos – cegos – não conseguiam ver, não só ressuscitando, mas dando nova força ao que de moribundo tinha no trabalho.

Professora Doutora Clarissa Tassinari, minha orientadora, o agradecimento mais que especial! Para condensar numa palavra só, mais que Jó, foste paciente! A gratidão carrega junto o desejo de muita saúde ao maravilhoso presente que gestas, ainda quando são feitos os ajustes finais deste trabalho. Bem vinda ao mundo, Cecília!

A gratidão, também ao corpo docente do PPG da Unisinos. Seu *slogan* não deveria ser apenas “desafie o amanhã”, mas algo como “amplie seus horizontes”. Sou outro após *a experiência* do mestrado. Ainda nesse particular, a gratidão ao gentil, eficiente e sempre atento corpo da Coordenação do PPG da Unisinos. Deram todo o *background* para facilitar o caminho tortuoso que a burocracia impõe.

Família, claro, tão dispersos e tão difusos, mas sempre ali. O porto seguro, o entreposto entre estadas, o asilo, o refúgio.

Por fim, o agradecimento à equipe da 2ª Vara Criminal da Comarca de Lages/SC, nas pessoas do juiz de direito Alexandre Karazawa Takaschima e da chefe de cartório Cristiane Rosires Campos. Talvez sem saber, fizeram toda a diferença. Obrigadão!

*“Incrível, é melhor fazer uma canção
Está provado que só é possível filosofar em alemão
Se você tem uma ideia incrível, é melhor fazer uma canção
Está provado que só é possível filosofar em alemão”
(Caetano Veloso. Língua)*

RESUMO

Este trabalho volta-se ao exame sobre os critérios de que teria se valido a legislatura de ocasião ao importar, no projeto do Código de Processo Civil de 2015, institutos típicos da tradição jurídica do *common law*, notadamente os que sublimam a cultura dos precedentes como elemento construtor do Direito. Assim, especificamente, busca-se no Projeto de Lei do Senado n. 166/10 os critérios que teriam criado um sistema brasileiro de precedentes ao nortear a uniformidade da jurisprudência, além de impor os deveres, a observância, aos juízes e tribunais de manterem-na íntegra e estável. Essas importações, que chegam a levar o esdrúxulo neologismo de *commonlização*, recebem críticas de toda a sorte pela doutrina jurídica, sobretudo dos que, de olho em critérios históricos, veem que certas categorias institucionais de fora não se adequam ao Brasil, nascido sob o signo do *civil law*. Sob pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias e em diversos documentos emanados por instituições públicas (Judiciário e Legislativo brasileiros), o trabalho percorre um caminho que inicialmente fixou as tradições jurídicas que matizam o do dito Mundo Ocidental. Assim, partindo da concepção de Direito junto à Grécia Clássica e Roma Antiga chega-se às tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Comparadas as tradições, examina-se a problemática do trabalho: as importações ao Brasil de tipos do *common law* e suas controvérsias. Sob esse influxo, embora a crítica sobre a *mens legislatoris*, a dita vontade do legislador, busca-se no PLS 166/10 os critérios para a importação. Todo ele esquadrihado (anteprojeto e justificativas, relatórios de comissões, considerações nas audiências públicas, debates nas sessões junto ao Senado e as inúmeras sugestões da sociedade civil e entidades vinculadas ao Direito) buscar-se-á encontrar os critérios que justifiquem a contento o porquê das importações, algo tão disruptivo ao convolar mudança paradigmática na matriz jurídica nacional, bem por isso merecedor de minuciosa reflexão, detida e desapaixonada. Ademais, operadas as importações, a pesquisa dirige a possibilidade de isso representar a superação do Positivismo Jurídico, além de outras consequências que comunicam o Direito à Política, nomeadamente o ativismo judicial, as reações legislativas a esse fenômeno e as teorias dialógicas entre os Poderes.

Palavras-chave: tradições jurídicas; common law; civil law; importação acrítica; processo legislativo; mens legislatoris; positivismo jurídico; tensões institucionais; diálogos institucionais.

ABSTRACT

This work focuses on examining the criteria that the current legislature would have used when importing, into the 2015 Civil Procedure Code project, institutes typical of the common law legal tradition, notably those that sublimate the culture of precedents as constructive element of Law. Thus, specifically, it is sought in Senate Bill no. 166/10 the criteria that would have created a Brazilian system of precedents by guiding the uniformity of jurisprudence, in addition to imposing duties, compliance, on judges and courts to keep it intact and stable. These imports, which come to carry the strange neologism of commonization, receive all kinds of criticism from legal doctrine, especially from those who, with an eye on historical criteria, see that certain institutional categories from outside do not suit Brazil, born under the sign of civil law. Under bibliographical research in doctrinal works and in various documents issued by public institutions (Brazilian Judiciary and Legislature), the work follows a path that initially established the legal traditions that shade that of the so-called Western World. Thus, starting from the conception of Law in Classical Greece and Ancient Rome, we arrive at the legal traditions of common law and civil law. Having compared the traditions, the work's issues are examined: the imports of common law types and their controversies to Brazil. Under this influence, despite the criticism about the *mens legislatoris*, the so-called will of the legislator, the criteria for importation are sought in PLS 166/10. Thoroughly scrutinized (preliminary project and justifications, committee reports, considerations in public hearings, debates in sessions with the Senate and the countless suggestions from civil society and entities linked to the Law) we will seek to find the criteria that satisfactorily justify why of imports, something so disruptive in involving a paradigmatic change in the national legal matrix, and therefore worthy of detailed, careful and dispassionate reflection. Furthermore, once the imports have been made, the research addresses the possibility that this represents the overcoming of Legal Positivism, in addition to other consequences that communicate the Right to Politics, namely judicial activism, legislative reactions to this phenomenon and dialogical theories between the Powers.

Keywords: legal traditions; common law; civil law; uncritical import; legislative process; *mens legislatoris*; legal positivismo; institutional tensions; institutional dialogues.

LISTA DE SIGLAS

ACO	Ação Cível Originária
ADC's	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AJUFE	Associação dos Juízes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANAMAGES	Associação Nacional dos Magistrados Estaduais
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
ANPM	Associação Nacional dos Procuradores Municipais
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
AO	Ação Originária
CAJ	Centro de Apoio aos Juízes do Fórum João Mendes Júnior
CN	Conselho Nacional de Justiça
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros
IPTU	Imposto Predial Territorial Urbano
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEN	Partido Nacional Ecológico
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
RFRA	Religious Freedom Restoration Act
SCD	Substitutivo da Câmara dos Deputados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNE	União Nacional dos Estudantes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: AS ORIGENS DE UMA FUSÃO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	21
2.1 O surgimento das tradições jurídicas ocidentais.....	24
2.1.1 O Direito helênico	26
2.1.2 O Direito romano	34
2.2 O <i>Common Law</i>, a tradição anglo-saxã.....	41
2.3 O <i>Civil Law</i>, a tradição germânico-romana	53
2.4 Comparando: semelhanças e diferenças entre o <i>Common Law</i> e o <i>Civil Law</i>	57
2.5 O Brasil, o que herdou	60
3 PROJETO DE LEI DO SENADO 166/10: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	68
3.1 <i>Mens legislatoris</i>: é possível esquadriñar o querer do legislador?	69
3.2 A racionalidade judicial e a racionalidade legislativa: elementos subjacentes das decisões judiciais e do processo legislativo.....	79
3.3 Projeto de lei do Senado 166/10: o Código de Processo Civil que instaura (ou consolida) o <i>judge made law</i> brasileiro.....	94
3.4 Direito jurisprudencial para quê? O <i>judge made law</i> como caminho para a superação do Positivismo Jurídico	108
3.4.1 Considerações sobre o Positivismo Jurídico	112
4 TENSÕES INSTITUCIONAIS: DO ATIVISMO JUDICIAL ÀS RESPOSTAS LEGISLATIVAS, E A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL	124
4.1 Ativismo judicial à brasileira: as diversas formas de burla do Direito	126
4.2 Reações do Legislativo: das leis <i>in your face</i>, do descumprimento antecipado da Constituição e das respostas darwinistas	141
4.3 Diálogo institucional: instrumento de entendimento entre Poderes	148
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS.....	188

1 INTRODUÇÃO

O Antropoceno, época geológica marcada pelo impacto do homem na Terra, cujo início se discute se foi com a Revolução Industrial ou após a 2ª Guerra Mundial, carrega o dístico de ter confundido os princípios sobre a distribuição geográfica do planeta. Se de um lado a atuação humana criou ilhas outrora inexistentes, de outro, a globalização nega o inverso: recusa o distanciamento às mais remotas ilhas. Sob os óculos da Biologia, a remixagem da flora acentuou-se de tal modo nas últimas décadas que se admite que, em certas partes do mundo, plantas exóticas superam quantitativamente as nativas. Para se ter uma ideia, estima-se que em apenas um dia cerca de dez mil espécies diferentes são deslocadas no mundo só na água dos tanques de lastro de embarcações¹. Esse intercambiamento não se limita à biologia, porém. Com o Direito, *mutatis mutandi* para não cair em paralelomania², a era das grandes navegações viu surgir o que se pode chamar de colonização jurídica. Nas embarcações que rumaram ao Mundo Novo não foram levados apenas víveres para alimentar a tripulação, mas também as ideias dos que singraram pela conquista de novos territórios. É bem nesse caminho, aliás, que a “colonização serviu como meio de ‘transporte’ dos direitos europeus para as comunidades colonizadas nas Américas e em África”³. Nesse cenário e justamente por ter sido colônia de Portugal⁴, o Brasil foi erigido sob o signo da tradição romano-germânica, chamada de *civil law*. Nela, em linhas gerais, a lei é a pedra de toque do processo decisório. Assim, o Direito brasileiro

¹ KOLBERT, Elizabeth. **A sexta extinção: uma história não natural**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 208 e 245.

² *Paralelomania*, diz Rodrigo Alvarez, é um termo usado em estudos bíblicos e históricos, embora inexistente nos principais dicionários de língua portuguesa. Notabilizou-se com o rabino Samuel Sandmel (1962, *Journal of Biblical Literature*) que disse ter conhecido o termo em um livro francês de 1830. Segundo o religioso, ocorre a paralelomania quando um autor descobre uma suposta semelhança entre conceitos, exagera na analogia e então descreve “a fonte e a derivação como se implicassem uma conexão literária fluindo para uma direção inevitável ou predeterminada”. Cf. ALVAREZ, Rodrigo. **Cristo: os acontecimentos extraordinários que se seguiram à crucificação de Jesus e redefiniram o mundo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2020. p. 327.

³ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 756.

⁴ Nesse sentido, note-se que “Nenhum Estado nasce com uma roupagem jurídica inteiramente nova. A emancipação apenas se verifica gradualmente, com o decurso de tempo. Ainda assim, as amarras primígenas persistem. Os novos países tendem a ser mais respeitadores das tradições jurídicas do que, às vezes, as velhas metrópoles, cegas pelos clarões cintilantes de uma atraente modernidade jurídica. Daí as importações que não vingam por serem semeadas num terreno jurídico culturalmente hostil”. Cf. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição Kindle, posição 1410-1415.

é em sua gênese legicêntrico. Contudo, não imune ao intercâmbio apontado, é franca a introjeção em seu ordenamento jurídico de mecanismos típicos de outra tradição jurídica: a anglo-saxã, também chamada de *common law*, aplicada noutra colônia europeia, os Estados Unidos. Dos mecanismos importados da outra tradição podemos apontar, entre outros, o controle concentrado de constitucionalidade e os procedimentos uniformizadores da jurisprudência.

Todavia, ainda que se possa ver com naturalidade o intercâmbio das tradições, importa investigar as reais necessidades para tal, as possibilidades dessa assimilação à luz do desenho constitucional vigente. Mais ainda, e eis o grande foco da pesquisa, uma vez concebida uma mudança paradigmática na formação do Direito, que passa a protagonizar a figura do juiz em face do legislador (*judge-made law* ou *rules made by courts* – o Direito das cortes em face ao legislado), se tal fenômeno não viria a descambar em indesejável desequilíbrio entre os Poderes pela via do ativismo judicial, ou, ao contrário, se a despeito disso o diálogo entre instituições eliminaria as tensões ou, ainda, as manteria em níveis salutares. Abre-se, assim, o exame das capacidades institucionais do Judiciário frente às contingências advindas de sua interação com os demais braços do Estado, notadamente o Legislativo. Ao cabo, soergue-se a possibilidade de averiguar a pertinência e adequabilidade na importação de mecanismos de decisão estrangeira frente ao que a sociedade brasileira espera (e necessita) do Direito. Vale dizer, ao fim, abre-se a possibilidade de joeirar entre as práticas de outros países aquelas que sejam efetivamente pertinentes à realidade local, isto é, separar as plenamente capazes de incorporação ao sistema jurídico nacional de outras que não passem de eventuais voluntarismos legislativos, calcados na falsa ideia – enraizada no *ethos* nacional⁵ – de que “o que vem de fora é melhor”.

Nesse caminho, a investigação desse tema não poderá olvidar as consequências de uma assimilação de elementos do *common law* à tradição brasileira, especialmente no campo da decisão judicial em que, por má compreensão ou quejandos, parece servir de valhacouto para ativismos judiciais. Para exemplificar o ponto, veja-se o caso das Súmulas Vinculantes sobre as quais, dirá Tassinari, se instaurou o paradoxo da tentativa de agilização e padronização dos julgamentos ao

⁵ Fala-se do *culto aos totens estrangeiros* teorizado por Artur Ramos e laborada por Dante Moreira Leite em sua tese de doutorado que esquadrinha os traços do caráter do brasileiro. Maiores digressões a respeito ensejaria a abertura de tópico especial, desnecessário aos objetivos desta pesquisa, porém. Fica o registro, apenas. LEITE, Dante Moreira. **O caráter nacional do brasileiro: história de uma ideologia**. 8. ed. São Paulo: Unesp, 2017. p. 318-320.

mesmo tempo em que “sua má compreensão deu azo a pronunciamentos discricionários, descontextualizados e descomprometidos com o caso concreto”, evidenciando “os problemas de assimilação de mecanismos oriundos de outras tradições jurídicas”⁶. Ora, ainda que não o objeto direta da pesquisa, o revolvimento desse conteúdo, de lambujem, auxilia a compreensão dos institutos que, senão diretamente trazidos de fora, são criaturas análogas a outros de outras tradições, largamente inspiradas no Direito comparado.

Estabelecidas as premissas, fique claro que a pesquisa não se ocupará da crítica desenfreada ao Direito comparado e à assimilação de institutos alienígenas. Não, mesmo porque se reconhece que as “soluções do direito nacional não são as únicas concebíveis e nem sempre são as melhores” dado que “a formação comparativa contraria as tendências para a autossuficiência e o chauvinismo, o isolacionismo e o provincianismo”⁷. Por outra via, o trabalho buscará os *critérios* para a importação e incorporação dos mecanismos jurídicos do *common law* ao ordenamento nacional pela via do Código de Processo Civil (CPC) de 2015⁸, sobretudo os institutos que se relacionam à racionalidade da decisão judicial, que fomentam a cultura jurisprudencialista. Para tal, será examinado o processo legislativo que deu vida ao CPC de 2015, isto sem descurar o fato de que indigitado traslado conceitual pode bem representar um atalho preguiçoso, afinal, “Do ponto de vista da divisão internacional do trabalho acadêmico, requer muito menos esforço importar teorias estrangeiras e eximir-se da tarefa de criar teorias próprias”⁹. De fato, ainda que se fale em movimentos filosóficos amplos, os transplantes teóricos são problemáticos, como aponta Bertrand Russell ao explicar que o liberalismo na Inglaterra foi bem um princípio esclarecedor, mas trasladado para a França foi o germe de uma revolução sanguinolenta. Considera, ainda, que nos países avançados a prática inspira a teoria, mas nos retardatários a teoria matiza a prática, sendo essa uma das razões “que

⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle, posição 1708.

⁷ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 223.

⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 166.

explicam por que ideias transplantadas raramente obtêm o mesmo sucesso obtido em seu terreno original”¹⁰.

Para esta pesquisa, a busca por *critérios* redundará esmiuçar a mútua interação entre Política e Direito, procurando observar se a partir da importação/assimilação de institutos de Direito estrangeiro ao CPC de 2015, o Direito de cariz jurisprudencial passou a exercer o veto, via postura ativista, sobre a Política e como esta reagiu. O exame sobre a interação é proposital, afinal, “*Embora diversos o fenômeno jurídico e o político, jamais será possível separá-los de todo*”¹¹, ou seja, estão inexoravelmente imbricados, como, aliás, deixa claro Daniel Wei Liang Wang:

O Direito estabelece as regras do jogo e os atores políticos e sociais atuam de acordo com os constrangimentos e oportunidades que essas regras estabelecem para produzir as decisões políticas. Essa relação, claro, não é de mão única. A Política também afeta o Direito na medida em que decisões políticas estabelecem e mudam as regras do jogo político. Esse é, de forma bastante simplificada, o circuito em que normalmente se dá a relação entre Direito e Política dentro de um Estado de Direito¹².

Seja como for, fecha-se questão com Andrei Koerner ao afirmar que “As diferenças entre pesquisa em direito e ciência política são de perspectiva, mas, em ambos os casos, é preciso reconhecer a complexidade das relações entre direito e política”¹³.

Retomando o fio expositivo, diante da imbricação proposta entre Direito e Política, ponto a explorar é a racionalidade que subjaz cada uma das atividades, a legiferante e a adjudicante, a bem de compreender o alcance de cada uma na

¹⁰ RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**: Livro 3: A filosofia moderna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 142.

¹¹ De fato, diversas as abordagens sobre a interação do Direito com a Política. Embora não seja propriamente o objeto da pesquisa, é pertinente a noção exposta por Andrei Koerner de que há concepções que estabelecem relação de continência, sendo ora o Direito contido na Política (Direito como a vontade do soberano, como defendia John Austin), ora a Política contida no Direito (pensamento idealista, típico de bandeiras jusnaturalistas). Há também a concepção de antagonismo, refletindo a ideia de que a fronteira onde inicia o poder (expressão da Política) é justamente o *locus* em que o Direito fica em suspenso (pois, diferente dos atos de vontade – o tal poder da política –, ele exprime a razão, o pensamento estruturado e lógico). Segundo as teorias dos sistemas, diz Koerner, Direito e Política são esferas sociais diferenciadas que inobstante as lógicas distintas, por certos mecanismos de acoplamentos, exercem influência recíproca. Finalmente, as relações de Direito e Política para ele podem ser vistas como “forma e conteúdo, ou direito como estático e a política como dinâmica”. KOERNER, Andrei, A análise política do direito, do judiciário e da doutrina jurídica. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 23-25.

¹² WANG, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um Estado democrático de direito. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 239.

¹³ KOERNER, *op. cit.*, p. 31.

formação do Direito. Num exame subsequente, vigente o CPC de 2015 e, maior ou menor grau, instaurado um sistema precedentalista no país, abordar-se-á os reflexos disso junto ao Positivismo Jurídico, tão antigo, mas que segue acalentando debates acadêmicos sobre sua superação, persistente ainda que por reflexo na prática institucional. Ainda, sob os olhos de quem capitaneia a Política e o Direito, a pesquisa fará o exame de eventuais tensões institucionais entre o Poder Legislativo e o Judiciário decorrentes das ditas importações, as quais, como asseverado, estabelecem novo paradigma à produção do Direito no Brasil. Nesse contexto, abre-se o questionamento se o ativismo judicial é causa, consequência ou se, já existente, foi exasperado pela introdução de caracteres decisórios estrangeiros. Nessa via, se o fomento à cultura jurisprudencialista (*judge-made law*) no Brasil poderia ser apontada como o elemento que conferiu lassidão à decisão judicial e que, por conseguinte, teria dado azo a formas de ativismo judicial, pergunta-se como a Política a isso respondeu? Eis um ponto que será abordado, findo o qual abordar-se-á os diálogos institucionais, como medida de contenção (ou estabilização) tanto do ativismo judicial como das repostas a ele, que, com efeito, podem travestir-se em verniz revanchista.

Diante dessa problemática, afirma-se que as súmulas vinculantes surgidas com a “Reforma do Judiciário”, proposta pela Emenda Constitucional n. 45/04¹⁴, deram o primeiro passo no fomento à dita cultura do “direito jurisprudencial”¹⁵. Talvez, *a la Copernico*¹⁶, foram elas que iniciaram a guinada que centralizaria os precedentes judiciais no elemento decisório, turbinando os motores do nosso sistema jurídico rumo à *commonlawlização*¹⁷. Além de criar o instituto da repercussão geral – cláusula de

¹⁴ BRASIL. **Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

¹⁵ Mencionando o pioneirismo do termo por Teresa Arruda Alvim, Cassio Scarpinella Bueno aduz que a locução “direito jurisprudencial” guarda adequabilidade genérica suficiente para asilar tanto as súmulas quanto os precedentes. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2, p. 395.

¹⁶ Ilustrativamente, ao dizer que sua obra revolucionaria a metafísica, Kant afirmou ter agido como Copérnico e sua ideia heliocêntrica que opôs o então vigorante geocentrismo ptolomaico, substituindo a Terra ao Sol como astro ao centro do universo conhecido. Na perspectiva filosófica, Kant deslocou o sujeito da periferia e o pôs ao centro do conhecimento. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 153.

¹⁷ O neologismo é usado em artigo de Sérgio Gilberto Porto, para quem a *commonlawlização* é um fenômeno catapultado, entre outros fatores, pela globalização e a facilidade que ela trouxe para as comunicações. Cf. PORTO, Sérgio Gilberto, Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005. p. 6.

barreira para ascensão recursal massiva – referida reforma admitiu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, provocado ou de ofício e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar súmula com efeito vinculante a todo Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, e em todos os âmbitos. O objetivo dessa *lex praetoria*, conforme art. 103-A, § 1º, da Carta Magna é “[...] a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”¹⁸. O dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 11.417/06, o quê, à primeira vista e alterando-se as proporções, introduziu uma técnica decisória semelhante a do *common law*: o *stare decisis*. Aliás, mais que uma técnica decisória, ao conceber efeitos vinculantes o instituto quebrou paradigma: a possibilidade de o juiz atuar como legislador positivo¹⁹. Todavia, embora reconheça-se o pioneirismo do instituto ao aproximar o Direito brasileiro do *common law*, como já salientado, a atenção da pesquisa, a base sobre a qual se examinará o fenômeno, será a uniformização da jurisprudência, além de mantê-la estável, íntegra e coerente, como incensa o artigo 926 do CPC de 2015. Ora, ainda que obliquamente, ao se chamar a atenção de juízes e tribunais para os julgamentos que se repetem, fica clara uma proposta de alteração paradigmática, em que o sistema sai do *legicentrismo* ao *jurisprudencialismo*²⁰.

Paradigmas, bom referir, constituem a base para a análise do conhecimento científico, que é uma construção social. Um paradigma científico, para Thomas Kuhn, é: “[...] a miríade de crenças, valores, técnicas etc., compartilhada pelos membros de uma

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

²⁰ Guardadas as proporções, sistemas de *Common law* passam pelo mesmo fenômeno, mas com sinal trocado. Aponta Rodriguez sobre o contexto estadunidense: “No início do século XX, a existência de leis (*statutes*) não era um problema para os sistemas jurídicos de *Common Law*. Elas eram uma fonte de direito de importância menor: estava claro que o papel de criar o direito era dos juízes, na esteira da crítica realista. Com a proliferação de leis, especialmente em razão de políticas de natureza social promovidas pelo Estado (especialmente no campo do antitruste, as medidas de proteção social e outras medidas regulatórias), esta fonte ganha cada vez mais espaço e, com ela, surgem problemas institucionais e teóricos”. Além da constatação, a pergunta que a segue também inquieta este trabalho: “Como compatibilizá-las [as leis] com o poder dos juízes e como incorporá-las na descrição abstrata da *Common Law*?”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 122.

dada comunidade” (tradução nossa)²¹. Assim, para compreender os componentes que conjugados formam um paradigma, é preciso averiguar o cabedal de compromissos da comunidade científica, isto é, dos que comungam de um acordo intersubjetivo sobre o modelo de produção do conhecimento científico em seu respectivo campo e que, da mesma forma, passaram por processos profissionalizantes semelhantes²². Um paradigma, desse modo, consiste em uma estrutura que direciona a prática de um grupo de cientistas em dado momento histórico. Porém, ele não está imune a crises e mudanças que, inexoravelmente, ocorrem com o passar do tempo. Tal ocorre tipicamente quando alguns membros da comunidade científica constatarem que o paradigma dominante se tornou insuficiente, momento em que, exitosa, a busca de soluções para além das fronteiras já conhecidas faz surgir novas escolas de pensamento. Não raro, uma mudança paradigmática é antecedida ou ombreada por períodos turbulentos, de transição. Passado ele e tendo o antigo paradigma sido substituído parcial ou integralmente pela comunidade científica, consolida-se o novo²³.

Tornando ao tema do trabalho, como consequência da alteração paradigmática tem-se que as fontes do Direito reordenam-se em importância, de modo que a dogmática ainda forjada num positivismo de cariz exegético passa a dar primor aos precedentes judiciais. Todavia, ao mesmo tempo em que o legislador chama a atenção dos juízes para que *observem* a jurisprudência, não deixa claro se se trata de um reproche vinculativo ou meramente persuasivo. Afinal, como esboçado, logo após o artigo 926 do CPC 2015 tratar do dever de os tribunais manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, o artigo 927, como que para parametrizar isso, aduz que juízes e tribunais *observarão* as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle

²¹ KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed., Chicago: University of Chicago Press, 1970. p. 175.

²² *Ibid.*, 177-178.

²³ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2010, *Passim*. Para Elizabeth Kolbert (citada na primeira nota deste trabalho), Thomas Kuhn é “o mais influente historiador da ciência do século XX”. Para desenvolver a teoria sobre os paradigmas, inspirou-se num estudo de 1949 feito por dois psicólogos de Harvard intitulado *Sobre a percepção da incongruência: um paradigma*. Em suma, exibiram diversas cartas de baralho a dezenas de universitários, que deveriam identificá-las – número e naipe – conforme passassem. A maioria era cartas comuns, mas embaralhas a elas havia cartas adulteradas, como um seis vermelho de espadas ou um quadro preto de copas. Observou-se que ao passarem depressa, as incongruências eram, literalmente, descartadas. Os participantes simplesmente aproximavam o que tinham visto com cartas realmente existentes. Por exemplo, o seis vermelho de espadas era, para eles, um seis de copas. Vistas com mais vagar, saíam respostas esdrúxulas: a carta vermelha de espadas era, para uns, “roxa”, “marrom” ou até “preto-avermelhado”, ao passo que outros simplesmente ficaram confusos, alegando que os símbolos estavam invertidos. No ponto em que surgiram as repostas perplexas, os pesquisadores batizaram de “reação Meu Deus”. KOLBERT, Elizabeth. **A sexta extinção: uma história não natural**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 101-102.

concentrado de constitucionalidade, dando na sequência outras quatro modalidades de *judge-made law* ou *rules made by courts* (súmulas vinculantes, etc) a serem *observadas*. Não se trata de mera questão semântica, para se estabelecer o alcance, o quão constrangedor é e o peso de obrigatoriedade que o verbo *observar* impõe à atividade judiciária. A questão abre outras indagações, tal como se a sua inobservância geraria nulidade, por exemplo.

É à luz desses institutos que se analisará os *critérios* que impulsionaram as alterações no CPC de 2015 em direção à chamada *precedentalização* e como tais estratégias podem ser compreendidas à luz das capacidades institucionais do Judiciário e de suas interações com os demais braços do Estado, implicando, portanto, no exame sobre as tensões institucionais, tanto pela via do ativismo judicial quanto pela via das respectivas respostas legislativas. Ao fim, o exame sobre os diálogos institucionais como possível meio para apelar ou abrandar as ditas tensões.

Bem estabelecido o objeto do estudo, o recorte temático exige, como premissa fundamental, diferenciar as tradições do *common law* e do *civil law*. Dessa maneira, para bem situar os antecedentes históricos que desaguaram nas indigitadas tradições jurídicas, o capítulo primeiro fará inicialmente um retrospecto do Direito nas civilizações que matizaram o dito mundo ocidental, caminhando pela Grécia Clássica e pela Roma Antiga. A quem repute um salto histórico demasiado extenso, é preciso registrar que a centelha do controle de constitucionalidade das leis – o equivalente ao *judicial review* que surge no *common law*, que matiza a ideia de freio de um Poder sobre outro ou, esgarçando o conceito, do Direito sobre a Política – é descrito por Aristóteles na obra *Constituição dos atenienses*. Nesse caminho, para galvanizar a importância do exame sobre o Direito da Roma Antiga, recorde-se que foi naquele contexto que, se não surgiu, tomou proeminência a ideia de sistematização do Direito e sua codificação, o que, como num transbordo de fenômenos, inspirou em larga medida uma certa *sanha exegética*, apertando as fronteiras do Direito ao momento de aplicação. Este é um ponto a ser novamente erigido quando se debruçar sobre o Positivismo Jurídico e sua possível superação via um Direito de índole jurisprudencial.

Delineado o elemento histórico, será o tempo de apresentar as tradições jurídicas anglo-saxã (o *common law*) e a romano-germânica (o *civil law*), legado da colonização portuguesa que fez viger no Brasil Colônia as Ordenações. Ainda nesse primeiro capítulo, além de comparações gerais entre os sistemas, serão esboçadas

as características de alguns institutos jurídicos presentes no *stare decisis* do *common law*, como o *distinguishing* e o *overruling*.

No segundo capítulo se examinará o processo legislativo que culminou com o CPC de 2015, isto é, o Projeto de Lei do Senado n. 166/10, que na Câmara foi autuado como Projeto de Lei (PL) n. 8.046/10. Todavia, diante da dinâmica de que trata o artigo 65 da Constituição e para evitar tautologia, a pesquisa se ocupará apenas do trâmite do projeto junto ao Senado, instância iniciadora e, após a apreciação pela Câmara, revisora. Ainda nesse ponto, a toda evidência, o exame será delimitado à importação de institutos típicos do *common law* que instauram (ou consolidam) o chamado *judge-made law*, a cultura precedentalista no Brasil. Nesse particular, frisa-se que a análise do processo legislativo com suas discussões, destaques, vetos, substitutivos, emendas, requerimentos, debates, enfim, com todas as suas nuances, surge a bom propósito: demonstrar que a despeito do franco exercício democrático que encerra, pois é a via de gládio das ideias na arena legislativa, é frequentemente relegado a segundo plano em trabalhos acadêmicos, maiormente fundados na expertise doutrinária encerrada na teoria da decisão²⁴. Ainda decorrente dessa temática, outros dois assuntos serão abordados: a busca pela *intenção do legislador*, o que doutrina

²⁴ Pondera Luís Roberto Barroso na obra *Interpretação e aplicação da Constituição*, adaptação da tese de doutorado que o alçou ao magistério da UERJ. Antes de assumir cadeira no STF, tratando da interpretação histórica e da importância de o hermeneuta (re)visitar os precedentes legislativos, os trabalhos preparativos e de *occasio legis*, considerou que “Apesar de desfrutar de certa reputação nos países que adotam o *common law*, o elemento histórico tem sido o menos prestigiado na moderna interpretação levada a efeito nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica. A maior parte da doutrina minimiza o papel dos projetos de lei, das discussões nas comissões, relatórios, debates em plenário”. Cf. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138-139). Da parte de Manuel Atienza, ao lapidar as ideias de Norberto Bobbio sobre a dicotomia de uma racionalidade jurídica em sentido forte (consistente naquela que legisla) e uma em sentido fraco (a que julga ou aplica o Direito), afirma que o surgimento do positivismo e do historicismo jurídico, já no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, teve o condão de reduzir a racionalidade do Direito tão só ao seu sentido fraco, isto é, ao que podemos chamar de momento de adjudicação, relegando a segundo plano a racionalidade em sentido forte (prática legislativa). Para ele, seria este o “pensamento jurídico contemporâneo”. (ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 75-78). Também Jeremy Waldron denunciou a visão idealizada da atividade judicante como escamoteadora do preconceito que os teóricos do Direito nutriam sobre a atividade legislativa. Num arroubo idealizador na introdução de uma de suas obras, marca a intenção de que o processo legislativo seja visto como o palco em que sejam discutidas publicamente as diferentes opiniões e princípios no lugar de ocultá-las: “I want us to see the process of legislation – at its best – as something like the following: the representatives of the community come together to settle solemnly and explicitly on common schemes and measures that can stand in the name of them all, and they do so in a way that openly acknowledges and respects (rather than conceals) the inevitable differences of opinion and principle among them. That is the sort of understanding of legislation I would like to cultivate. And I think that if we grasped that as our image of legislation, it would make a healthy difference in turn to our overall concept of law”. WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 2-3.

chama de *mens legislatoris*; além do exame sobre as racionalidades subjacentes ao processo legislativo e ao processo de decisão judicial.

Com essa bagagem epistemológica, o capítulo seguinte é palco para o exame das tensões institucionais supostamente decorrentes da mudança paradigmática do Direito, em que o *pretoriano* tem tido proeminência sobre o *legislado*. Nessa quadra, abordar-se-á o atual estado da arte iniciando-se pelo ativismo judicial, considerado hipoteticamente como fruto da atividade criativa dos juízes, franqueados pela cultura precedentalista instaurada. Na sequência, serão examinadas as reações legislativas a esse ativismo judicial. Ao fim, ao que aparenta ser uma possível solução às tensões institucionais, será tratado dos diálogos institucionais.

Nas considerações finais, cotejando sobre: (a) as características do *common law* e do *civil law* e a *canva* em que se insere o Direito brasileiro e suas mudanças; (b) a busca pela intenção do legislador e as racionalidades subjacentes ao processo legislativo e à decisão judicial; (c) o processo legislativo que culminou com o CPC de 2015, no que toca à introdução de mecanismos que acentuam a cultura precedentalista; (d) os *critérios* de que teriam se valido os legisladores para realizarem tal importação; (e) como esses mecanismos estão, em tese, infundindo tensões institucionais e as respostas que o sistema dá para isso; esperar-se-á responder se são adequados os transplantes de institutos típicos do *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: AS ORIGENS DE UMA FUSÃO ENTRE OS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Antes do exame no contexto histórico em que surgem o *common law* e o *civil law*, revela-se singularmente instrutivo conceituar o que é uma tradição jurídica. Ela

[...] é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão²⁵.

A locução *tradição jurídica* é utilizada por Merryman e Pérez-Perdomo em substituição ao – reconheça-se o abuso tautológico – tradicional *sistema jurídico*²⁶. Neste trabalho, as duas locuções serão empregadas. Isto posto, outro ponto a esclarecer – com retoques de justificação – está no porquê do resgate histórico do Direito à pesquisa. Nesse caminho, além de oportuno, o conhecimento histórico de um dado fenômeno estabelece o caminho de possibilidade à sua boa compreensão. Seria mesmo, no dizer de Carlos Maximiliano, “o preparo propedêutico indispensável”²⁷ para o exame seguro, no caso aqui do Direito em linhas gerais e das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, em particular. Sob essa perspectiva:

o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. Só as pessoas estranhas à ciência jurídica acreditam na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas, creem ser um Código obra pessoal de A ou B. O autor aparente da norma positiva apenas assimila, aproveita e consolida o que encontra no país e, em pequena parte, entre povos do mesmo grau de civilização. Consiste o Direito atual em reproduções, ora integrais, ora ligeiramente modificadas, de preceitos preexistentes²⁸.

²⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande, Porto Alegre: Sandro Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23.

²⁶ *Ibid.*, p. 21.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 124.

²⁸ *Ibid.*, p. 124.

Assim, é sob a noção de que o hoje é desdobramento do ontem é que se nota a utilidade da História do Direito, máxime, como põe José Reinaldo de Lima Lopes, em tempos de crise, cujo interesse se renova ante a “situação de mudanças sociais pelas quais passa a nossa sociedade neste início de século”²⁹. Assim, ainda que possa assumir caráter proteiforme como a História em geral³⁰, o estudo da História do Direito confere a base estável sobre a qual é possível edificarem-se outros elementos específicos. Dessa forma, estreitando-se ao contexto pátrio, Carlos Maximiliano advertirá que o exame da cultura jurídica deve incidir sobre o “que assimilamos diretamente: a europeia em geral; a lusitana em particular. Complete-se o cabedal de informações proveitosas com o estudo da História do Brasil”³¹. Ainda, o estudo

deve partir de longe o estudo das fontes da legislação pátria; recuar até o Direito romano, ao canônico o (sic), às instituições jurídicas medievais, passar às dos povos modernos europeus, sobretudo portugueses, e concluir pelo que se fez no Brasil, na mesma esfera de conhecimentos, desde a Independência até o presente.³²

Contudo, sendo a via estreita não iremos tão longe ou com tanta acurácia, de modo que os subitens seguintes tratarão, *en passant*, o que se tem do Direito nos primórdios humanos; dos inarredáveis vincos filosóficos que o Direito auriu da Grécia Clássica; da organização sistemática que o Direito romano legou ao mundo; da inextricável história da *common law*; da (para nós) familiar história do *civil law*; e, finalmente, um pouco do que o Brasil herdou enquanto matriz jurídica.

Sob o influxo do legado jurídico, acentua-se que em vez de se dizer que o Brasil *está no caminho para*, há quem sustente, tamanha a influência do *common law* em nosso ordenamento jurídico, que este já não seria um sistema de *civil law*

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

³⁰ Tome-se o exemplo de um dos mais importantes eventos da História brasileira: a sua descoberta! Segundo Eduardo Bueno, a historiografia oficial ignora que o “acidente da descoberta” teve o possível pioneirismo por navegadores espanhóis. Olvida-se que Vicente Yañez Pinzón e Diego de Lepe teriam se antecipado a Cabral em alguns meses, chegando por aqui em 26 de janeiro de 1500, para ser exato. Embora polêmica e sem a indicação precisa do local do desembarque, ainda segundo Bueno, tal afirmação “se baseia em fontes primárias e em pesquisas confiáveis”. Sim, até o passado pode ser “alterado”. BUENO, Eduardo. **Náufragos, traficantes e degredados: as primeiras expedições ao Brasil, 1500 - 1531**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998. p. 11.

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 124.

³² *Ibid.*, p. 125.

mas um sistema híbrido³³, tendo inclusive nome próprio: o *brazilian law*³⁴. Também nesse norte, Lenio Streck, cuja crítica é a um só tempo acrimoniosa e irreverente, fala que certos juristas admitem um “sistema brasileiro de precedentes” como sendo um “*Common Law* à brasileira”, já implantada a doutrina do “*stare decisis non quiet movere*”³⁵.

Visto por outro ângulo (e aproveitando de metáforas náuticas), embora se note que ao longo do tempo as naus dos sistemas jurídicos tendencialmente enfunem velas para singrar a portos antípodas, de modo que um sistema de *common law* passe a dar maior importância à lei e um sistema de *civil law*, aos precedentes³⁶, deixa-se claro que, aos olhos da pesquisa, tal fenômeno – talvez turbinado pela globalização –, não é contrário à segurança jurídica. Aliás, parafraseando Nathan Benjamin Cardozo, a mutabilidade do sistema não malfeire a segurança jurídica, preservada se existentes os caminhos tanto da sua evolução quanto da sua estabilidade³⁷⁻³⁸. De fato, como sustenta José Rodrigo Rodriguez, há

³³ Sistemas jurídicos híbridos são aqueles insuscetíveis de receberem, *a priori*, uma etiqueta desta ou daquela família de sistemas “em virtude de os seus elementos determinantes corresponderem a elementos característicos de mais do que uma”. São exemplos o sistema jurídico escocês, ou da Louisiana (Estados Unidos), Quebec (Canadá) e o da República da África do Sul. CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 654.

³⁴ DIDDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 61.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 284.

³⁶ Como exemplifica René David, o Direito inglês era jurisprudencial em essência até o séc. XX, quando passou a conferir maior importância à lei. Com certa semelhança a França, ao abandono do *Ancien Régime*, também atravessou por uma era de codificação diminuindo exponencialmente a importância que outrora conferia à doutrina. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 11-12). Processo inverso ocorrera na Holanda, cujo Código Civil concluído em 1992, teve “como resultado um produto diferente dos seus congêneres anteriores em que, por via de aturados estudos comparativos, foram acolhidas soluções das mais variadas origens, incluindo os direitos de *common law* (CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 909). Consideração semelhante está com Losano, para quem “O *Common Law* anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o *Common Law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro “judge made law”, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de *Civil Law*.” LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 345.

³⁷ “O direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel. [...] Só vos posso advertir que aquele que observar um e deixar de honrar o outro estará reverenciando falsos deuses e conduzindo seus seguidores a caminhos errados. A vitória não pertence aos partidários de uma lógica inflexível e nem aos niveladores de todas as regras e precedentes, mas àqueles que souberam fundir estas duas tendências numa adaptação a um fim, ainda que imperfeitamente discernido”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial e a evolução do direito**. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956. p. 188.

³⁸ Kelsen articula a segurança jurídica numa escala gradativa, conforme o sistema tenha fontes produtivas do Direito centralizadas ou não nos órgãos legislativos ou nos tribunais: “Entre os dois tipos ideais de uma jurisprudência vinculada a leis estaduais e de uma jurisprudência liberta das leis

autores que veem no “abandono de um modelo estritamente subsuntivo para as decisões jurisdicionais terá como efeito a destruição das fronteiras entre direito e outras ordens normativas, com o conseqüente abandono do ideal de segurança jurídica”³⁹. Todavia, o autor esclarece que uma mudança paradigmática em que as decisões judiciais privilegiassem a retórica, a tópica e a teoria da argumentação consistiria tão só em “uma mudança no critério de demarcação entre o direito e as demais ordens normativas. Direito este que passa a funcionar de acordo com um ideal *diverso* de segurança jurídica”⁴⁰. Conclui que é preciso “reformular o conceito de segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões judiciais e não exclusivamente em função do texto legal”, isto para refugir da tão batida ideia de que a segurança jurídica é sinônimo de que “respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário”⁴¹.

Enfim, questões que começam a transpor os objetivos do capítulo. De olho no compromisso propedêutico assinalado, a seguir tratar-se-á do surgimento das tradições jurídicas do Ocidente.

2.1 O surgimento das tradições jurídicas ocidentais

Por sua natureza gregária⁴², a humanidade desde logo se viu na contingência de estabelecer regras para a vida em sociedade, afinal, a união social não implica, a rigor, em imunidade às divergências. Todavia, a necessidade premente de organização aliada ao fato de que a tradição, que mesmo após o advento da escrita seguiu guardando a insígnia da oralidade, redundava na grande dificuldade em

estaduais, situam-se aqueles sistemas nos quais, sendo embora instituído um órgão legislativo central, os tribunais recebem o poder não só de fixar normas jurídicas individuais nos quadros das normas gerais criadas pelo órgão legislativo mas também - em circunstâncias determinadas, já acima referidas - de fixar normas individuais fora destes quadros; e, por fim, aquele sistema em que os tribunais têm poder de criar normas jurídicas gerais sob a forma de decisões com força de precedentes. Estes diferentes sistemas representam diferentes graus de centralização ou descentralização da função produtora do Direito e, portanto, diferentes graus de realização do princípio da flexibilidade do Direito, que está na razão inversa do princípio da segurança jurídica”. O Direito eminentemente jurisprudencial seria para ele, então, juridicamente inseguro? Também pudera, esperar-se-ia posicionamento diverso de um positivista normativista? Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 282.

³⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 161.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 202-203.

⁴² Como diria Sócrates, a união entre os humanos ocorre “porque ninguém se basta a si mesmo”. PLATÃO. **A República**. São Paulo: Lafonte, 2019. p. 62.

resgatar a história do Direito em sua fase primordial. De fato, soa veleidosa a busca por uma datação precisa e uma topografia exata do “fenômeno” Direito⁴³. Apesar disso, algumas linhas podem ser estabelecidas. Nesse caminhar, Norbert Rouland esclarece que a gênese do pensamento jurídico já se encontrava no período no paleolítico, sendo as relações de parentesco o seu gérmen: “a invenção dessas relações supõe o emprego de raciocínios e de mecanismos que hoje qualificamos de jurídicos”⁴⁴. Esse período, que John Gilissen qualifica não propriamente como a “História do Direito”, mas “Pré-História do Direito”⁴⁵, é marcado pelo caráter consuetudinário das normas, dada a ausência de escrita. O conteúdo desse Direito pré-histórico, para John Gilissen, é numeroso e variado, sendo que as suas fontes, num primeiro momento, são os costumes e as normas orais revestidas da autoridade sacral, popularizadas ao virarem adágios, provérbios das massas. As decisões adotadas pelos grupos, por força da tradição, também se consideram fontes⁴⁶.

Essas características primevas associam-se indistintamente a tantos e tantos povos de modo que situar o *locus* de sua ocorrência é despiciendo. Para dar mais contorno à temática é preciso saltar no tempo. Assim, já que não foi *accidental* o capítulo falar no elemento *occidental*, a pesquisa rumará ao berço do pensamento do Ocidente: a Grécia Clássica⁴⁷⁻⁴⁸. Sequencialmente, o Império Romano⁴⁹.

⁴³ “Nesse sentido, deve-se admitir que aquelas formas de organização social próprias das sociedades simples, isto é, anteriores ao surgimento do Estado, tais como as tribos e os clãs, já possuíam um conjunto de normas não escritas, notadamente de natureza consuetudinária, que orientava a conduta dos seus indivíduos. [...] o fenômeno jurídico, pois, é inerente a todas as épocas e lugares”. PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do Kindle, posições 384-396.

⁴⁴ NORBERT, Rouland. **Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade**. Trad. Maria Ermantina Prado de Almeida Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 41.

⁴⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 31.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 35-38.

⁴⁷ Tratando do conceito de “civilização ocidental” e de quem atualmente o personifica enquanto Estado, Niall Ferguson mantém a Grécia no “clube ocidental”, relegada a membro extraoficial, porém. Isto porque, há duas dívidas que tocam a Grécia. O mundo deve a ela a filosofia, mas ela deve à União Europeia considerável infortúnio por seu colapso econômico. FERGUSON, Niall. **Civilização: ocidente x oriente**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2016. p. 39.

⁴⁸ Embora o período clássico seja o que medeia o arcaico (de VIII a.C. até 480 a.C., caracterizado pelas invasões persas) e o helenístico (de 338 a.C. até a submissão à Roma, em 150 a.C.), o termo Grécia Clássica será utilizado de forma genérica para se referir a todo o período do seu apogeu. Quanto ao recorte dos períodos gregos, ver ROSHEN, Dalal. **A compacta história do mundo**. Tradução de Maurício Tamboni. São Paulo: Universo dos Livros, 2016. p. 18-24.

⁴⁹ Para José Reinaldo de Lima Lopes, referir-se à civilização ocidental sob a História do Direito, duas heranças devem ser citadas: a grega e a romana. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

2.1.1 O Direito helênico

Primeiramente, seria forçoso taxar o trabalho de lacônico⁵⁰ caso o exame do Direito na Grécia Clássica olvidasse como a sua literatura retratou o fenômeno, sobretudo as tragédias. Basta recordar dos célebres julgamentos de Orestes e de Antígona⁵¹. Todavia, prévias considerações são necessárias. A primeira é desmistificar sobre uma inexistente ou incipiente legislação. Sustenta Rodrigo Freitas Palma, embora a exiguidade e desconexão das fontes, diferentemente do “caso do Código de Hamurábi, cuja estela está exposta no Louvre, ou em rolos de pergaminhos devidamente sistematizados, como ocorre com a Torah de Moisés”, as fontes do Direito helênico “quase sempre se apresentam de maneira fragmentária, desconexa e não sistematizada”⁵². A fragmentariedade, aliás, relaciona-se à natureza tribal do arranjo político em cidades-estado, as quais, independentes umas das outras e em constante disputa, só se uniam (*anfíctionia*) para combater o inimigo comum, como os Medo-Persas nas alongadas guerras médicas. Desse modo, “o Direito costumeiro da belicosa Esparta é muito diferente da sofisticação das leis escritas de Atenas, cidade-estado de efervescência cultural ímpar”⁵³. Assim, embora na aparência o Direito na Grécia tivesse caráter hermético, pois gestado no seio familiar, eminentemente consuetudinário, ritualístico e com nítido acento no culto aos antepassados⁵⁴; têm os gregos “o mérito de terem contribuído para o florescimento de uma noção preliminar de constitucionalismo, especialmente em Atenas”⁵⁵, além do primeiro controle de constitucionalidade das leis de que se sabe, como consta da

⁵⁰ A etimologia da palavra *lacônico* remete à Lacedemônia também conhecida por Lacônia, a região da Grécia onde se desenvolveu a cidade-estado de Esparta. Diz-se que numa (de tantas) guerra, o Príncipe da Macedônia enviou uma mensagem para os espartanos: “Se eu entrar em Lacônia, destruirei tudo”. A resposta dos magistrados de Esparta foi um simples “Se”. Ao que tudo indica, os espartanos não eram lá de muitas palavras. A palavra vem do grego *lakones* que passou para o latim *laconicus*. BARBOSA, Elazier. **Novo dicionário**: a origem das palavras: edição revisada, ilustrada e com verbetes em 8 idiomas. [S. l.], 2017. Edição Kindle, p. 567.

⁵¹ Contrariamente, isto é, considerando que as tragédias não objetivavam a retratação do Direito grego mas se utilizavam da gramática do Direito para explorar a ambiguidade entre a irracionalidade da religião face a uma ordem racional, emergente na formação da *pólis*, vide *Tensões e ambiguidades na tragédia grega*. VERNANT, Jean-Pierre; VIDAL-NAQUET, Pierre. *Tensões e ambiguidades na tragédia grega*. In: VERNANT, Jean-Pierre; VIDAL-NAQUET, Pierre. **Mito e tragédia na Grécia Antiga**. São Paulo: Duas Cidades, 1977. p. 17-34.

⁵² PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 1935. Noutro viés, afirma José Reinaldo Lima Lopes, tocante à tradição jurídica, que pouco veio da Grécia em detrimento ao que se observa de Roma revela-se uma “meia verdade”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21.

⁵³ PALMA, *op. cit.*, posição 1958.

⁵⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *passim*.

⁵⁵ PALMA, *op. cit.*, posição 1954.

obra *Constituição dos atenienses*, de Aristóteles. Nela, fala-se de uma ação, a *graphe paranomon*, que “permitia que alguém fosse alvo de um processo por ter feito uma proposta contrária à Constituição”⁵⁶. Aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho que ela era proposta no tribunal dos heliastas (composta por cidadãos) que intimavam (*proklesis*) o acusado para se defender, sob parâmetros de julgamento costumeiros ou racionais:

É preciso, todavia, lembrar que, na Antiguidade, o Direito propriamente dito era concebido como algo transcendente às leis editadas pelo governante – as leis humanas. Mais do que isto, superior a tais leis. Literalmente, isto se exprime no célebre diálogo entre Antígona e Cleonte, na tragédia de Sófocles. Tal Direito, posta de lado a sua revelação por um deus – no que criam os filósofos – ou era fruto dos costumes, ou era identificado pela razão como expressão da justiça. Assim, mais importante era o peso da experiência e da sabedoria do que o da vontade na sua definição⁵⁷.

Embora a ressalva da não uniformidade do Direito na Grécia em subserviência à sua autonomia cidadina, sua característica inovadora é a separabilidade dos elementos temporal e secular, vez que para eles “A promulgação da lei e sua revogação [...] são assuntos humanos”⁵⁸. A laicização, longe de um anátema social (afinal, eles eram muito religiosos e supersticiosos), significava apenas que “o direito já não precisa ser revelado divinamente para valer e nem é preciso invocar a vontade dos deuses para deliberar sobre as leis”⁵⁹. Assim, sendo assunto eminentemente humano, o Direito assumiu um

⁵⁶ ARISTÓTELES. **Constituição dos atenienses**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 68-69.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6. Ainda que incipiente esse controle sobre as normas, considerados os parâmetros atuais, é tido como uma primeira referência ao tema controle de constitucionalidade. Além do próprio Ferreira Filho, Mauro Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 49-51.

⁵⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26. Nesse sentido, Aristóteles também defende que a lei deve seguir o princípio dinâmico: “Além disso, é melhor não permitir que as leis escritas fiquem sem mudanças”. (ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019. p. 93). Exceção a respeito seja pontuada, especificamente, no que toca a Esparta, a respeito da qual se tratará adiante. Outro ponto que não se pode passar batido é a mencionada revogabilidade das leis. Segundo Coulanges, “Deve-se notar que nunca se revogavam as leis. Podiam se fazer leis novas, mas as antigas subsistiam sempre, por maior antagonismo que houvesse entre elas e as novas. O código de Drácon não foi revogado pelo de Sólon [...] Este princípio foi a principal causa da grande confusão que se nota ter existido do direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas encontram-se associadas, e todas tinham igual direito de serem respeitadas”. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73.

⁵⁹ *Ibid*, p. 26. Em divergência, José Roberto Neves assinala que a origem divina da lei lhe revestia de um caráter estático. Para ele, “Como a lei era revelada pela divindade - para os cretenses, por exemplo, a lei fora ditada por Zeus; para os atenienses, por Apolo; para os romanos, pela deusa Egéria, a norma não poderia ser alterada. Diante de sua natureza sagrada, era imutável. Admitiam-

caráter empírico na *polis*, o que é corroborado pelo fato de não existirem profissões equivalentes aos nossos atuais juristas ou advogados⁶⁰. A isso, José Reinaldo de Lima Lopes fala do

costume de aprender de cor (recitando em forma poética) alguns textos jurídicos, assim como os poemas de Homero. As leis de Sólon eram ensinadas como poemas, de modo que o ateniense bem educado terminava por conhecer sua tradição político-jurídica comum. A literatura 'jurídica' era fonte de instrução e prazer. Em geral no tempo da filosofia socrática sabia-se ler. As técnicas propriamente jurídicas eram próprias do *logógrafo*, o redator de discursos forenses: pedidos, defesas etc. O direito, presumia-se, devia ser aprendido vivenciando-o. As leis deveriam fazer parte da educação do cidadão. As discussões sobre a justiça são discussões sobre a justiça na cidade, entre os cidadãos e iguais. As leis *menores* não importavam para discussão pública⁶¹.

Para além dessa tradição um tanto lírica do Direito na Grécia, a partir do séc. VII a.C deflagrou-se um movimento de escrita das normas, o que estabilizou as instituições políticas. O período é marcado pela atuação de proeminentes legisladores. Em Esparta, destaca-se Licurgo (possivelmente viveu no séc. VIII a.C.). Em Atenas, a proeminência é de Drácon (cerca de 620 a.C.), Sólon (638-558 a.C.) e de Péricles (495-429 a.C.)⁶².

Todavia, embora o movimento de escrita, ainda assim é dificultoso averiguar por fontes diretas as normas positivadas por espartanos. De todo o modo, sabe-se que eles nominavam o Direito pela palavra *rhetra*, que preenche o sentido etimológico de “dizer”⁶³, não se confundindo, todavia, com a tradição oral válida, o *nómos*, mas com o seu cerne, isto é, “algumas leis fundamentais e solenes [...] fixadas por

se novas leis, mas nunca a alteração das que já existiam. Como eram manifestação do divino, sua interpretação ficava restrita aos sacerdotes”. NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34. Em se tratando de uma obra com menor apuro às questões históricas, nos filiamos à primeira corrente.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 34. Em igual sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20; RIBEIRO, Marcus Vinicius. **História do direito**. São Paulo: Montecristo, 2012. Edição Kindle, posição 819.

⁶¹ LOPES, *op. cit.*, p. 20-21.

⁶² Há, ainda, outros legisladores: “também se pode falar de Zaleuco (Lócria), Carondas (Catânia), Filolau (Tebas), Androdamas (Régio), Hipódomo (Mileto) e Onomácrito (Lócris)”. PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 1973.

⁶³ Segundo Jacqueline de Romilly, “Et, d'ailleurs, quand on commence à rédiger des lois, nomos n'est point le mot auquel on eut recours. La loi constitutive de Sparte s'appelle rhétra, et le mot se rattache au verbe signifiant dire”. “E, além disso, quando começamos a escrever leis, *nomos* não é a palavra a que recorremos. A lei constitutiva de Esparta chama-se *rhetra*, e a palavra está ligada ao verbo que significa dizer” (tradução nossa). ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque**: des origines à Aristote. Paris: Les Belles Lettres, 1971. p. 14.

escrito”⁶⁴. Sem embargo da falta de fontes diretas, pelas obras de filósofos do quinhão de Aristóteles, Xenofonte, Plutarco, Tucídides, Heródoto e Políbios, pode-se ter certa noção do Direito Espartano⁶⁵. Por exemplo, sabe-se que a beligerância inata daquele povo autorizou por lei que o pai rechaçasse o filho deficiente, cuja compleição física fosse empecilho à carreira militar”⁶⁶. Heródoto aduz que Licurgo recebeu dos deuses a Constituição de Esparta, ditada por uma pitonisa do oráculo de Delfos, o que põe dúvida se os lacedemônios acreditavam, mesmo, que as leis eram produto humano⁶⁷. Com Aristóteles são reveladas regras que relacionavam o número de filhos a vantagens estatais, como a isenção do serviço militar e a isenção de impostos a partir do terceiro e do quarto filho⁶⁸.

Se certo matiz gregi permeia o Direito espartano, sabe-se mais do ateniense, cujas ruas da região Ática expunham em placas de bronze as regras. A origem humana delas serve de prelúdio ao que viria a ser a democracia⁶⁹. Como registrado, Drácon, Sólon e Péricles despontaram como legisladores atenienses. O primeiro é lembrado pela severidade. “Lei draconiana” no linguajar forense hodierno significa uma norma excessivamente rigorosa, o que não é despropositual já que, ao reproduzir o costume religioso antigo, o Código de Drácon carregava curioso silogismo: toda falta, além de um mal à sociedade, é também uma ofensa à divindade, e, por

⁶⁴ JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 112. Um outro signo que talvez melhor traduza o atual alcance da palavra “Direito” é *dikáion*, etimologicamente relacionado a *diakaiosúne*, que significa “justiça”. Este, porém, é um termo genericamente empregado ao mundo grego, não especificamente aos espartanos. PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 1951-1952.

⁶⁵ É o que afirma Rodrigo Freitas Palma. Segundo ele, além de tratar do legislador Licurgo, Aristóteles denuncia em sua principal obra, *A política*, a arbitrariedade dos julgamentos de acaso em Esparta, onde seria “necessário, pelo menos, que tivessem um código e julgasse de acordo com leis escritas, em vez de decidir, como fazem, de acordo com seus caprichos”. Xenofonte faz referência a Licurgo em sua *Constituição dos Lacedemônios*. Heródoto, “o Pai da História”, na obra que lhe aproxima ao epíteto (*História*), menciona a existência de um santuário em homenagem ao legislador espartano. Nenhum deles, contudo, mais escreveu sobre Licurgo do que Plutarco em sua *A vida de Licurgo*. A despeito do volume, contudo, não há maior confiabilidade em seus escritos, pois acessou as fontes tardiamente. Embora tantos os escritos sobre Licurgo, “Pouco sabemos sobre ele”. PALMA, *op. cit.*, posição 2129-2156.

⁶⁶ *Ibid.*, posição 2107-2108.

⁶⁷ “Con ocasión de una visita a Delfos de Licurgo — un ciudadano reputado entre los espartiatas — para efectuar una consulta, así que hubo entrado en el sagrario, la Pitia, sin más preámbulo, le dijo lo siguiente: ‘Vienes, Licurgo, a mi opulento templo, caro a Zeus y a cuantos olímpicas moradas poseen. Dudo en declararte dios u hombre; más bien, empero, un dios te creo, Licurgo.’ En este sentido, algunos pretenden que, además de estas palabras, la Pitia le dictó también la constitución vigente hoy en día entre los espartiatas; pero, al decir de los propios lacedemonios, Licurgo la trajo de Creta durante el ejercicio de su tutela sobre Leóbotes, sobrino suyo y rey de los espartiatas”. HERÓDOTO. **Historia**. Madrid: Gredos, 1992. p. 138-139.

⁶⁸ ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 288-290.

⁶⁹ PALMA, *op. cit.*, posição 1984, 2160-2161.

consequente, irremissível. Nesse sentido, a primeira lei do código se limita a conservar a tradição dos antepassados e fala do culto aos deuses e heróis, que deveriam ser homenageados com sacrifícios anuais. Nas demais, a morte como consequência das infrações é praticamente a regra. Outra peculiaridade está na titularidade da família para a perseguição por justiça por parente morto. Sem um órgão central acusatório, o ateniense era antes um ser da família do que um membro da *polis*⁷⁰.

Afastada em apenas trinta anos da legislação de Drácon, a de Sólon marca um período de tentativa de aplacamento sectarista entre as classes de *eupátridas*, de *tetas* e dos simples *homens livres*. Representou, assim, um salto de um governo aristocrático à democracia. Com amplos poderes de reforma, Sólon perdoou sistematicamente as dívidas hipotecárias que comprometiam o inadimplente, culminando com a libertação dos que se tornaram escravos por dívida (*seisachtheia*). Inovou no campo das sucessões com o testamento e igualou a concorrência no quinhão hereditário entre os irmãos, no lugar da prelação à primogenitura. A concorrência, no entanto, era entre filhos do sexo masculino. A filha única não podia herdar, mas não era totalmente excluída do acervo patrimonial, ficando o agnado mais próximo do falecido obrigado a se casar com ela quando herdasse. Linhas gerais, à míngua de herdeiros, quando a herança se transmitia a colaterais, a lei seguia sobrepujando as mulheres. No limite, elas eram usufrutuárias dos bens. A verdadeira mudança no campo “direito patrimonial feminino” foi a possibilidade da retomada do dote. Outra mudança foi a ampliação da legitimidade ativa para a demanda por crime contra a pessoa. Como dito, em Drácon esse direito era restrito à família. Com Sólon, qualquer cidadão era titular⁷¹.

Péricles é considerado o maior da tríade de legisladores. O séc. em que viveu é conhecido pelo mais brilhante da história grega, bem por isso leva o seu nome. Por sua reconhecida eloquência, Péricles recebeu o cognome de *Olímpico*. Nesse período áureo, a literatura é brindada com as tragédias de Sófocles (autor de *Antígona* e *Édipo Rei*) e as artes plásticas são enaltecidas com a escultura de Fídias (coordenou a reconstrução da Acrópole, sobretudo as colunas do Partenon, após batalha contra os persas). Foi numa Atenas que vive o apogeu do espírito ático é que Péricles mostra-

⁷⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 122, *passim*.; PALMA, *op. cit.*, posição 2036.

⁷¹ EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas**: a história da maior civilização do mundo. São Paulo: Crítica, 2019. p. 85-94; COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 122-123, *passim*.

se um democrata convicto, embora não escondesse certa têmpera aristocrática. Sob o adágio de sublimar a democracia e tornar os cidadãos cada vez mais politicamente ativos, o filho de Xantipo altera a política de atribui o das magistraturas (os diversos cargos públicos), passando a ser por sorteio e não por elei o. Embora a ambi o democrática que impunha a participa o de todos os cidadãos da *polis*, Péricles restringiu a categoria de cidadão, que ficou reservada somente aos filhos de pais atenienses. Uma ironia, afinal⁷².

Outro destaque a registrar está na organiza o jurisdicional grega, em especial a ateniense, que fez da filosofia o instrumento para a reflexão sobre a lei. Nesse viés, embora sobreviva a imagem pejorativa dos sofistas que cobravam para ensinar er stica (a arte de debater),   com eles que o exame metódico de questões humanas, entre as quais a liberdade, qualifica o cidadão para cumprir o anseio democrático consubstanciado no ato de argumentar. Isso porque a manifesta o nas assembleias era ato personalíssimo. Excepcional e justificadamente   que um terceiro representava o interessado, o que geralmente ocorria em questões afetas   política, quando o líder oligarca representava alguém do seu grupo. Inclusive, tamanha a estima pela manifesta o pessoal, que esse terceiro (um porta-voz, esboço do que viria a ser o advogado), chamado *synegoros* ou *syndikos*, não era remunerado. Por vezes, recorria-se a um *logógrafo*, que preparava o discurso do interessado nos julgamentos. Assim,   míngua do que hoje são advogados, exigia-se a manifesta o pessoal, a tomada de partido. Ora, o próprio Sócrates praticou autodefesa em seu julgamento (399 a.C.). Assim, o alheamento era reputado ofensivo⁷³. Tudo corria assim até a virada sofística de Sócrates, Platão e Aristóteles, que criticou o senso comum imperante, quando a disputa do *discurso belo* pelo *discurso verdadeiro* corporificou o dilema do ideal de justiça pela verdade e não pela emo o⁷⁴.

⁷² COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 208; EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas**: a história da maior civiliza o do mundo. São Paulo: Crítica, 2019. p. 247-254; JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a forma o do homem grego. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 320.

⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: li es introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21-22; NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribui o para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34-35; PALMA, *op. cit.*, posi o 1988-2009.

⁷⁴ A virada sofística recebe em Hannah Arendt ares de mudança de consciência dos cidadãos gregos daqueles tempos. Para a venerável representante da cultura de Weimar: "Nessa incessante conversa os gregos descobriram que o mundo que temos em comum   usualmente considerado sob um infinito número de ângulos, aos quais correspondem os mais diversos pontos de vista. Em um percuciente e inexaurível fluxo de argumentos, tais como apresentados aos cidadãos de Atenas pelos sofistas, o grego aprendeu a intercambiar seu próprio ponto de vista, sua própria 'opinião' – o

Retomando a organização judiciária ateniense, diz-se que os crimes públicos eram julgados por tribunais de dezenas ou centenas de membros. A assembleia (εκκλησία) de todos os cidadãos, divididos em distritos territoriais (*demos*, δῆμος) elegia o conselho de supervisão (Areópago), que julgava os atos subversivos à Constituição e é tido como o mais antigo tribunal de Atenas. Reza a lenda, fora concebido pela deusa Atena para o julgamento de Orestes, e ao seu lado um conselho (*boulé*, Βουλή) exercia o governo. Todos podiam participar da assembleia, embora algumas magistraturas estivessem reservadas a certas castas de cidadãos, divididos de forma censitária pela legislação de Sólon. Casos de menor importância eram julgados por um juiz singular, podendo apelar para a assembleia judicial (*Heliastas*), que operava em grupos (*dicastéria*, διχαστερία). Aliás, considera-se a *Heliaia* ou *Heliastas* a mais democrática corte, que reunia um júri de até seis mil cidadão sorteados entre voluntários com mais de trinta anos⁷⁵.

Finalmente, o esboço sobre os julgamentos de Orestes e o de Antígona. Certamente, o mais famoso é a *Oresteia* de Ésquilo (468 a.C). Composta pela trilogia *Agamemnon*, *Coéforas* e *Eumênides*, nela, Orestes vinga a morte do pai Agamemnon matando a autora do crime, Clitemnestra, sua própria mãe. Orestes é julgado por um júri de 12 cidadãos atenienses, presidido pela deusa Atenas. A acusação é feita pelas Erínias, ou Fúrias, deusas antigas que não consideravam justificável um filho matar a própria mãe e, ao repisarem regras antigas, pedem a morte do réu sem chance de defesa. Apolo defende Orestes e usa argumentos racionais. Sendo o deus do Sol, elucida as circunstâncias que levaram o réu ao ato extremo contra a própria mãe obtendo empate entre os membros do júri, o que obriga o desempate pela presidência. Minerva, que é como os romanos chamavam a deusa Atenas, desempata absolvendo Orestes. O voto de Minerva é expressão ainda usada e estabeleceu o *in dubio pro reo*, isto é, a dúvida favorece o réu.⁷⁶

modo como o mundo lhe parecia e se lhe abria (*dokeí moi*, 'parece-me', donde *dóksa*, ou 'opinião') – com os de seus concidadãos. Os gregos aprenderam a compreender – não a compreender um ao outro como pessoas individuais, mas a olhar sobre o mesmo mundo do ponto de vista do outro, a ver o mesmo em aspectos bem diferentes e frequentemente opostos". ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 84-86.

⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21-22; NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34-35; PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 1988-2009.

⁷⁶ Por toda obra, vide ÉSKUULO. **Oresteia: Agamémnon, Coéforas e Eumênides**. Coimbra: Almedina - Edições 70, 2008. *passim*. Pela consideração sobre a fama da obra e que a dúvida deve favorecer

Já na *Antígona* de Sófocles (por volta de 441 a.C.) há o dilema entre o cumprimento dos deveres morais face às normas de Estado que lhes são contrárias. Polínicos, acaba morto na luta numa sublevação movida pelos sâmios⁷⁷. Seu cadáver jazia ante as muralhas de Tebas e temendo que o espírito ficasse eternamente preso entre o céu e o submundo, Antígona age conforme o costume e se dirige ao defunto, mas, limitada, apenas derrama um pouco de terra sobre ele, o que bastou para atizar a ira do recém coroado rei Creonte, seu tio, que herda o trono justamente pela morte dos irmãos Polínicos e Eteócles, autores e vítimas de recíproco fratricídio, sendo que apenas o último recebeu de Creonte o enterro tradicional. Levada ao rei, Antígona declara saber da regra proibitiva e, embora apelando se tratar de uma obrigação de consciência, é condenada ao enterro vivo. Creonte, que considerava que as leis do Estado sobrepujam às da consciência, ao fim é persuadido a voltar atrás. Debalde, uma vez que, entretantes, Antígona se enforca⁷⁸.

Conflito assim transcende ao tempo. Para Sérgio Buarque de Holanda, é “de todas as épocas”, dado que, “Em todas as culturas, o processo pelo qual a lei geral suplanta a lei particular faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade”⁷⁹.

De momento, sob o adágio de que “todos os caminhos levam à Roma”, vai-se àquele que o vulgo diz ser a cópia da Grécia: O Império Romano⁸⁰.

o acusado, vide NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34-35.

⁷⁷ A ilha de Samos fica a pouco mais de um quilômetro da costa da Anatólia (atual Turquia). EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas**: a história da maior civilização do mundo. São Paulo: Crítica, 2019. p. 286.

⁷⁸ SÓFOCLES. **Trilogia Tebana**: Édipo Rei, Édipo em Colono. Antígona. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Edição Kindle, posição 4564-5901; EVERITT, *op. cit.*, 288-290.

⁷⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 170.

⁸⁰ Se não uma cópia *ipsis litteris*, o panteão de deuses é o mesmo com outros nomes. No vértice, Zeus, em Roma é Júpiter. Dos mares, Poseidon é o romano Netuno. Da guerra, Ares em Roma é Marte. Da sabedoria, Atena em Roma é Minerva. Do vinho, Dionísio converte-se em Baco. Nessa via, Lopes sustenta que a ideia de uma solidariedade universal, *cosmopolita*, gestada pelos gregos estoicos encontrará par com o *ius gentium* dos juristas romanos. Também assim, a concepção de cidade é um elemento cujo viés dos gregos “os romanos se sentiram seus herdeiros”. Mais ainda, as trocas comerciais dos gregos com outros povos mediterrâneos “influenciam mais tarde a grande flexibilização do direito romano. [...] Também não é por acaso que, a lenda narra a visita dos redatores romanos da *Lei das XII Tábuas* a Atenas; diz-se que, precisando colocar por escrito suas leis, os romanos vão à Grécia aprender como deveriam fazer”. Efetivamente, “muitas instituições públicas e privadas que foram sendo mais tarde conhecidas, imitadas e adaptadas, ou conservadas na memória pela tradição romana”. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22-23, 27-28.

2.1.2 O Direito romano

De tão soberbo, condensar o Direito romano em poucos parágrafos mostra-se hercúleo⁸¹. Lado outro, olvidá-lo é relegar um sistema até hoje influente⁸². Ao pinçar os marcos que o caracterizaram, inextricavelmente se é levado à *Lei das XII Tábuas* e ao *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Aqui, porém, uma nota: diferente do exame histórico do Direito grego, cuja ambivalência geopolítica das suas principais cidades-estado impôs um critério cronológico-espacial, no resgate histórico do Direito romano apenas a linha cronológica, sob a tríade do período arcaico (da presumida fundação em 753 a.C. até idos do séc. II a.C.), período clássico (entre 150 a.C. a 284 d.C.) e período tardio (ou pós-clássico, do séc. III d.C. ao fim do Império no ocidente, em 476). A adoção dessa classificação, em vez da tradicional que divide os períodos da Monarquia, República e Império, revela um compromisso didático⁸³.

De início, tendo-se falado do Direito grego, é bom registrar a influência que ele exerceu sobre o romano. Para se ter uma ideia, o *Decemviri* foi uma comissão formada em 450 a.C. por dez membros incumbidos de estudar as afamadas leis de Sólon. Para dar dois exemplos, tome-se a possibilidade de o pai enjeitar filho nascido deficiente ou a inalienabilidade da propriedade, que perdurou na Roma arcaica, vigente em algumas cidades-estado gregas. Adicionando nuance, há também um contexto que, por continente, influenciou ambos os sistemas: a chamada cultura do Mediterrâneo⁸⁴.

Por outro lado, os sistemas tinham lá suas particularidades. Ora, entre os gregos não havia uma classe de juristas ou de escolas para treinamento desse mister, mas meios para o aperfeiçoamento da retórica, da dialética e da filosofia⁸⁵, como eram

⁸¹ Hércules (na Grécia Heracles), filho de Zeus com a mortal Alcmena, a quem incumbiu-se 12 tarefas só realizáveis graças à sua força. Cf. (EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas**: a história da maior civilização do mundo. São Paulo: Crítica, 2019. p. 41, 161-162). É exagero comparar as tarefas do semideus com resumir o Direito romano? A percepção da dificuldade é um aparente uníssono entre autores. Por todos, “A herança romana parece enorme a qualquer jurista formado na tradição ocidental”. Cf. (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29). Ainda, “A contribuição das gentes que floresceram no Lácio ao desenvolvimento do Direito é difícil de ser mensurada”. Cf. PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 2216-2217.

⁸² Considerar o Direito romano até os dias de hoje influente é um outro aparente uníssono doutrinário. Por todos, GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 31. p. 80.

⁸³ Seguiremos a batuta de José Reinaldo Lima Lopes, LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29. Em oposição, seguindo a historiografia tradicional, PALMA, *op. cit.*, posição 2249-2252.

⁸⁴ *Ibid.*, posição 2271-2278; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 86; LOPES, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

os sofistas, “conhecidos exatamente por desenvolver e ensinar técnicas de como conduzir uma discussão”⁸⁶. Já os romanos criaram diversas carreiras jurídicas.

Comparações de lado, passa-se aos períodos do Direito romano. Como dito, o período arcaico abarca a fundação de Roma (diz-se em 753 a.C.) até os idos do séc. II a.C. Perpassa por uma fase monárquica, uma republicana até o início do principado, antecedendo a anarquia militar. Nos primórdios desse período, uma miscelânea de povos de língua comum (latim) acabou se instalando ao leste e a sul do Rio Tibre. Etruscos, sabinos, latinos, volscos, úmbrios e oscos, basicamente pastores rudimentares e agricultores se arranjaram em aldeias, constituindo grandes grupos familiares (*gentes*). De caráter patriarcal, a liderança das *gentes* cabia aos *patres*. Aliás, a congregação de *patres* formaria posteriormente o Senado. Em plano maior, as *gentes* eram governadas por um *rex*, cuja ascensão era, frequentemente, conquistada pela força, sem caráter atávico. A questão jurídica, de certa forma ainda era tímida ao *rex*, que não dizia o Direito (*ius dicere*) embora apresentasse soluções de Direito (*ius dare*)⁸⁷. Ainda nos primeiros séculos de formação, o Direito romano era formalista, elitista, autoritário, com acento nas fontes consuetudinária e clerical (*fas*). Aliás, a religiosidade envernizada na conservação das tradições, sobretudo no culto aos antepassados, foi bem aproveitada como o gérmen do Direito de propriedade. Mas, com a passagem da Monarquia para a República (nos idos de 509 a.C.), o imperativo estatal preponderou sobre o religioso, dando lugar ao Direito secular (*jus*). Esse caminho gradativo é sintomático: revela a tentativa de impor regras gerais a um império em franca expansão, que deveria ter a mesma norma das Ilhas Britânicas até a Síria. Ombreado à laicização do Direito está a progressiva proeminência dos plebeus, outrora excluídos do Direito dos cidadãos (*quirites*), dos patrícios. O Direito quiritário, aliás, era conduzido por pontífices que usavam do caráter performático da linguagem e diziam o Direito com enunciados. Assim, embora a imprecisão em se datar a fundação de Roma e o seu Direito⁸⁸, vê-se que a preocupação com

⁸⁶ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34.

⁸⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 81; PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 2293-2295.

⁸⁸ Sem adentrar na quizila filosófica do tipo “quem precede quem” (o ovo ou a galinha), no que toca Direito e Estado, Hans Kelsen, sustenta que o Estado vem antes do Direito e este, numa operação *a posteriori*, legitima o primeiro: “O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado - que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer

organização da ciência jurídica é, de certo modo, tardia, especialmente se se levar em conta que ao tempo do período arcaico romano Atenas já havia afastado a penosa legislação de Drácon e implementara a de Sólon. Nessa rota, também os orientais já ostentavam codificações, como o Código de Ur-Nammu (2020 a.C.), as Leis de Eshnunna (1930 a.C.), o Código de Lipit-Ishtar (1880 a.C.), o Código de Hamurábi (1694 a.C.), as Tabuinhas de Nuzi (séc. XVIII a.C.), o Código Hitita (séc. XV a.C.), o Código de Manu, na Índia (séc. X a.C.) e as Leis Assírias (séc. VIII a.C.). É nesse sentido, então, que se opera a marcha rumo à organização do Direito romano, até então caminhante sob leis régias (*leges regiae*), cuja própria existência escrita é incerta e que, com as restrições citadas, basicamente se ocupava de questões familiares, realçando o poder do *paterfamilias*. Sob essa seta é que se chegará à *Lei das XII Tábuas (Lex Duodecim Tabularum)*⁸⁹.

Com a derrocada de Tarquínio, “o Soberbo”, em 510 a.C., Roma passa da Monarquia para a República. Nesse período há grandes mudanças no Direito, não só a *Lei das XII Tábuas* (450 a.C.) mas o florescimento de carreiras que assentariam a *práxis* jurídica, como o pretor, magistrado que distribuía a justiça; os juízes, designados pelos pretores; os jurisconsultos, conhecedores das leis, e, especialmente, o *advocatus*. Como mencionado, o período é marcado pela ascensão da plebe, até então execrada do monopólio interpretativo da norma, exercido apenas pelos patrícios, esbirrados nos “costumes imemoriais” para justificarem suas posições. Insustentável a situação, temperada por ameaças de abandono de Roma, em 494 a.C. reconhece-se a representação oficial pelos “tribunos da plebe”. Ainda não contentando os anseios da classe, é organizada uma comissão de 10 membros (*decemviri*) incumbida de elaborar leis gerais para Roma. Inspirada na famigerada legislação do ateniense Sólon, em 450 a.C., então, é aprovada pela Assembleia das

sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 316). A teoria do formalismo jurídico, ao propor que o Direito é fruto do Estado como simples refute ao jusnaturalismo racional, é bastante criticada mesmo por jusfilósofos do espectro positivista como Norberto Bobbio, que a respeito do tema teceu importantes considerações na obra BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. cap. 6, p. 155-176.

⁸⁹ PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 2354-2486; NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 34. p. 38; LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 82 e 85-86.

Centúrias a *Lei das XII Tábuas*, uma das primeiras iniciativas de reduzir à escrito o Direito existente, o que sublimou o provérbio latino “*verba volant, scripta manent*”⁹⁰, isto é, fez a lei ser conhecida pelo público. As tábuas originais, escritas em placas de bronze e expostas no fórum romano, foram perdidas possivelmente em um incêndio na invasão gaulesa de 390 a.C. O desastre, porém, não foi óbice à reescrita vez que, de tão inculcadas na memória coletiva, foram recuperadas dessa vez como uma das fontes da futura consolidação legal, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Para se ter uma ideia, no *Digesto*, um dos compêndios da legislação justiniana, citações de Cícero e Aulo Gêlio, além comentários de Labeo e Gaio reconstroem, de certa forma, a *Lei das XII Tábuas*. Quanto à estrutura e conteúdo da *Lei das XII Tábuas*, não bem um código em sentido moderno, sistematizado, mais se aproximando de uma atermiação de costumes sob fórmulas lapidares. Quanto às fórmulas, aliás, embora conservadas algumas antigas, há traços de laicização e um tom inconfundivelmente helênico: prevê a sua própria mutabilidade ao conceber que é válido aquilo sobre o que o povo deliberou mais recentemente. A despeito do apaziguamento entre plebeus e patrícios, sua interpretação permaneceu reservada aos pontífices. Outro ponto é que a solidariedade familiar é mitigada, conquanto mantida a quase ilimitada autoridade do *paterfamilias*. Em teoria, a igualdade jurídica é reconhecida e proibidas as guerras privadas, ao passo que é instituído um processo penal. Some a inalienabilidade das terras, mesmo a das *gentes*. Enfim, reconhece-se o direito de testar⁹¹.

Há outras leis do período arcaico, sobretudo que reconheceram direitos à plebe. A *Lei Canuleia*, (445 a.C.), permitiu o casamento entre patrícios e plebeus. As *Leis Licínias* (367 a.C.) incluíram a plebe na divisão das terras adquiridas do inimigo, em despojo de guerra, e permitiram que um dos cônsules junto ao Senado tivesse origem plebeia. A *Lei Ogúlnia* (300 a.C.) reconheceu aos plebeus uns tantos direitos religiosos então negados. Finalmente, a *Lei Hortênsia* (286 a.C.) robusteceu o deliberado pela plebe. Com ela, o resultado dos plebiscitos seria içado à lei⁹².

Já o período clássico (150 a.C. - 284 d.C.), foi caracterizado pelo processo formular, que criou o ambiente propício ao fomento da jurisprudência. Criado pela *Lex*

⁹⁰ “palavras voam, escritos permanecem” (tradução nossa). José Reinaldo de Lima Lopes abre o parêntese após se referir à escrita da *Lei das XII Tábuas*: “(*lex*, de *lego*, ler?)”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 32.

⁹¹ PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 2490-2539; LOPES, *op. cit.*, p. 32; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 87.

⁹² PALMA, *op. cit.*, posição 2542-2553.

Aebutia (149-126 a.C.), o processo formular vigorou durante a República tardia e no Principado, caindo em desuso diante do aumento do poder do imperador. Dois eram seus protagonistas: o pretor urbano e o peregrino, magistraturas criadas em 367 e 242 a.C., que, após organizarem a controvérsia, encaminhavam o processo ao juiz (*iudex*) ou ao árbitro privado para o julgamento. Era bifásico o procedimento: *in luri* e *apud iudicem* (ou *in iudicium*), importando frisar que tanto o pretor quanto o juiz não eram considerados juristas, classe que englobava jurisperitos, jurisconsultos e jurisprudentes, e que, ao apenas auxiliar os primeiros, estavam excluídos do "aparelho judicial" em si. Somente mais tarde os juristas seriam incorporados como auxiliares diretos do imperador. Já o ambiente que fez a jurisprudência grassar decorreu dos editos dos pretores que ampliaram largamente os remédios (ações, interditos, exceções) para a defesa de interesses, além de prever situações que antigo o Direito quiritário não atendia. Houve, assim, uma flexibilização do Direito civil, catapultado pelo ingresso da retórica grega e dos princípios de Direito natural, em franca oposição ao Direito romano de até então⁹³.

Na primeira fase do processo formular (*in iure*), o interessado conduzia o adversário a um magistrado e formulava a pretensão. A condução do réu por mãos próprias era um entrave ao acesso à justiça e foi abrandado com a criação de punições à contumácia judicial. Dita a pretensão, o magistrado verificava se era "adjudicável", isto é, se era passível de ser decidido por um árbitro seguindo-se uma fórmula que constasse no edito, semelhante a um "quesito" binário: sim ou não. A fórmula, num ambiente de negociação entre as partes e tendo o pretor certa liberdade na criação de condições especiais para certos casos, consistia na escolha do juiz (*iudex*) e no "quesito", que, após a depuração da controvérsia, pudesse responder à quintessência do conflito, isto é, qual ponto a ser efetivamente decidido. Curiosamente, o pretor dispunha de um tipo de catálogo, o *album*: uma nominata dos cidadãos de classes superiores prestadores do serviço arbitral. Finda a primeira fase, convencido de que o ponto se adequava à proteção constante no edito, o pretor emitia uma ordem para que alguém julgasse o caso, ao passo que se instaurava a lide com as partes firmando um compromisso perante testemunhas (*litis cum testatio*). A segunda fase consistia basicamente na remessa do processo ao juiz/árbitro, que, após o recolhimento de

⁹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

provas, decidia a questão⁹⁴. Importante enfatizar a originalidade dos editos pretorianos, sem *precedentes* em outros sistemas jurídicos. Ao analisar uma questão concreta e formular o edito, o pretor criava Direito novo aos cidadãos (*ius praetorium*), o que se difere do *ius civile*, composto por costumes e *leges*. É, bem dizendo, o Direito de origem jurisprudencial, que sob o mote de preencher as lacunas do *ius civile*, que não alcançou a evolução que a sociedade romana sofrera ao longo dos séculos III e II a.C. Mais notável ainda, o *ius praetorium* mostrava certa vocação universalizante, contingência atrelada aos vastos territórios que os romanos conquistaram sob a República (toda a Itália, Gália, Espanha, Grécia porções da África). Assim, esse Direito pretoriano não se restringia aos *cives* romanos mas também aos *peregrini*, isto é, aos estrangeiros outrora toldados sob o *ius gentium*, o chamado *ius commune omnium hominum*, ou seja, o Direito comum a todos os homens⁹⁵. Gradualmente, o Direito pretoriano tomou corpo. Em meados do séc. II a.C. já era notado o hábito dos pretores de repetir os editos aos seus predecessores, o que, sem acrescer ou eliminar o texto antigo, estabilizou o essencial de alguns deles. Este, então, que se repassava ano a ano pelas sucessivas magistraturas se chamou *translatício*. A situação pode ter culminado quando o Direito privado se tornou matéria restrita ao processo formular, o que ocorreu no principado de Augusto com a *Lex Iulia* (17 a.C.), que aboliu o processo antigo (*legis actiones*). Embora o hábito da transmissão dos editos, a observância ao *translatício* ainda era facultativa. A vinculação só se deu entre os anos 125 a 138, já no principado de Adriano, que teria determinado ao jurista Salvius Julianus a construção do que veio a ser chamado de *edito perpétuo*, ou seja, o edito dos editos, cujo conteúdo seriam as meta-regras dos editos (como formá-los, cumpri-los, etc.)⁹⁶.

No período tardio, estendido de meados do séc. III a 476 (fim do Império Romano no Ocidente), o perfil do Direito é alterado a reboque de mudanças sociopolíticas. Surge a *cognitio extra ordinem* que concorre com o processo formular e mais tarde o substitui. Some a divisão de tarefas entre pretor e juiz, e se altera a forma como as partes encetam o pedido, a fórmula. Resultado? É mutuamente

⁹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34-35.

⁹⁵ O ponto será retomado ao tratar do *common law*. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 83-90. Note-se que os *peregrini* (deditícios) não tinham o *status* de cidadãos. Eram súditos livres, não latinos. Seus direitos se assentavam em preceitos comuns a todos os povos (*ius gentium*), sobretudo o regime de aquisições, de contratos e processo. Cf. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 540, *passim*.

⁹⁶ GILISSEN, *op. cit.* p. 90; LOPES, *op. cit.*, p. 39.

alimentado o processo de valorização da classe dos juristas e a centralização dos poderes de julgamento. Aliás, esta é a pedra de toque do novo sistema processual: a substituição do juiz ao príncipe (ou seu delegado), ou, quando pouco, a intervenção do último. Com a avocação processual e julgamento pelo príncipe (*decretum*), que passa a apreciar as queixas contra as sentenças dos juizes, erige-se um sistema recursal. Com efeito, ouvindo o apelo (*supplicatio*) ou recurso, noutrora feito por membros de seu conselho então transformados em cúria e tribunal de juristas, o príncipe pouco-a-pouco se torna o juiz supremo⁹⁷. Ainda no período tardio, surge sobre “a maior obra jurídica da história da civilização ocidental”: o *Corpus juris civilis* de Justiniano⁹⁸. Embora só assim batizado na Renascença, o *Corpus* é uma coleção escrita entre os anos de 529 a 534 por ordem do imperador Justiniano (482-565), que, governando da nova sede do império, Constantinopla, quis compilar todo o Direito romano e as opiniões dos juristas clássicos aspirando o resgate da ciência jurídica, em declínio desde a metade do séc. III. O notável jurista Triboniano (500-547) liderou o colégio de doutores da ambiciosa tarefa que não ficou adstrita à compilação, mas à solução de divergências de cunho legal e atualização das opiniões dos juristas clássicos. As modificações se chamam “interpolações” e o resultado do trabalho é quadripartite, formado pelo (1) *Codex* (substituiu o Código Teodosiano e organizou as leis vigorantes em folhas numeradas); o (2) *Digesto* (*Digesta* ou *Pandectas*, que remete a *digestium*, isto é, organização, é a principal fonte ao estudo aprofundado do Direito romano. Trata-se da compilação de passagens de mais de 1500 livros de jurisconsultos clássicos, formando um texto de mais de 150 mil linhas. Tamanha a importância dos jurisconsultos que cinco deles [Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino] tiveram seus escritos alçados à lei em 426); as (3) *Institutiones* (básico manual aos estudantes de Direito, claro e sistemático. Ganhou força legal em 533); e a (4) *Novellae* (leis editadas a partir de 534)⁹⁹.

Em conclusão, uma lapidar síntese das três fases do Direito romano:

⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 39-40.

⁹⁸ A consideração é de NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 43.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 43-44; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 92; PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle, posição 2668-2684.

Houve, como visto, três grandes formas distintas de resolver as controvérsias. Primeiro as ações da lei. Correspondem ao período arcaico e mais antigo do direito romano. Nelas o centro do saber jurídico está na figura dos pontífices. Em segundo lugar vem o tempo do processo formular, em que a produção do direito como cultura e como regra está na mão dos pretores ao lado dos juristas, ou prudentes. Finalmente, o período da cognição extraordinária, em que o imperador e seus juristas se destacam como atores da nova ordem¹⁰⁰.

A estreiteza da via inibe maior vagar sobre a História do Direito. Para o propósito deste estudo o recorte basta, pois permitiu a compreensão sobre os movimentos que cingem a tradição jurídica ocidental: o *common law* e o *civil law*.

Ora, como assentado noutras linhas, o estudo da História do Direito, aqui com as duas ordens jurídicas de maior proeminência na formação da Civilização Ocidental, serve de instrumento propedêutico, a base, sobre a qual podem ser edificados outros temas, num desdobrar epistemológico. Da Grécia Clássica, o afastamento do paradigma de que o Direito seria a revelação de deidades e não obra do intelecto humano; o primevo controle de constitucionalidade; a incorporação da Filosofia ao Direito; a legislação dos três notáveis Drácon, Sólon e Péricles; além da organização das instituições julgadoras, são elementos que, na pesquisa, viram a argamassa junto a qual, da Roma Antiga, são juntadas a sistematicidade do Direito com o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; o processo formular que fomentou uma primeira noção de jurisprudência, pela transmissão dos editos; além da criação das carreiras jurídicas. Essa conjugação de fatores e eventos históricos, enfim, cimenta a base propedêutica sobre a qual falou-se acima. Aliás, do estudo histórico do Direito romano, outro ponto deveras importante: a queda desigual do seu império, especialmente tardio na Inglaterra, é um dos elementos que fez a cisão dita alhures, isto é, fez surgir as tradições jurídicas que serão examinadas nos próximos tópicos.

2.2 O *Common Law*, a tradição anglo-saxã¹⁰¹

É sedutor traduzir literalmente *common law* como o “Direito comum”, o que remontaria ao *ius commune* romano, já tratado. Conquanto as diferenças, há certa

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

¹⁰¹ Afinal, é O ou A *common law*? Gilissen, por sugestão de Van Caenegem, adota o masculino, pois com o artigo “a” remete-se à ideia de lei. No masculino, esboça-se o sentido de Direito comum. Manteremos a sugestão. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 208.

inter-relação entre os termos, a respeito dos quais algumas considerações são pertinentes. Começemos pelo *ius commune*¹⁰².

O *ius commune*, eclipsado após as invasões bárbaras (povos germânicos) no alto medievo, ressurgiu na Europa do primeiro milênio com a Escola Jurídica da Bolonha e exprimia a ideia, afirma Norberto Bobbio, de um Direito “comum a todos os povos, sendo considerado expressão da própria razão”¹⁰³. Essa tendência ubíqua do *ius commune* é a principal característica que o opõe, já na Idade Média, ao *ius proprium*, isto é, o movimento pelo qual o Direito seria um monopólio estatal. Aos poucos, todavia, o *ius proprium* passou preponderar na ambiência jurídica de boa parte da Idade Moderna, o que não causa espanto, visto que a monopolização da produção jurídica se relaciona ao absolutismo, sistema político que dominou a Europa entre o séc. XVI ao XVIII¹⁰⁴. No entanto, inspira cuidado generalizar o absolutismo na Europa. É que, embora a consolidação em todo o Velho Continente, tocante à sua evolução jurídica ele foi dicotômico: de um jeito no continente e de outro na Inglaterra, ponto particularmente sensível a este estudo. Afirma-se, nesse sentido, que, exceto na Inglaterra, a consolidação do absolutismo sepultou o *ius commune* e o cambiou ao *ius proprium*. Em terras britânicas – e não se descarte a influência geográfica, já que uma ilha –, essa troca passou ao largo. Aliás, talvez seja inapropriado falar-se em troca, visto que o próprio *ius commune* pouco se cristalizara no contexto britânico, cujas ilhas foram colônias romanas até o início do séc. V.

O ponto será melhor tratado adiante, nas considerações sobre as *origens* do *common law*. Por ora, fique-se com a ideia de que a Monarquia Insular manteve o seu Direito eminentemente feudal, que em muito difere do Direito romano, de cariz papista e que outorgava fundamento para os títulos de propriedade do clero. Ora, não é difícil

¹⁰² “O sentido de *common law* é, pois, muito diferente do sentido da expressão <<direito comum>>, *ius commune* [...]”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 208.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 31. Oportuno o tempo histórico do ressurgimento do Direito romano. Ajudou comerciantes e Igreja. Os primeiros queriam unicidade jurídica para atuar nas cidades e regiões. A Igreja queria meios para a solução pacífica dos conflitos. Aliás, a Escola de Bolonha surge sob incentivo eclesiástico. Em 1070, encorajada pelo papa Gregório VII, a condessa Matilde de Toscana determinou o ensino do Direito em Bolonha, oficialmente estabelecido em 1088 sob o nome de *Universitas*. Formou-se, então, uma guilda de professores e alunos chamada *Collegia*, que além de conceder graus e títulos autorizava o ensino. São egressos o inglês Tomás Becket, chanceler do rei Henrique II; o poeta Petrarca, que traduziu a obra de Cícero. Entre os professores, destacam-se os glosadores Irnério, Accursio e Bártolo de Sassoferrato. NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 52-57.

¹⁰⁴ BOBBIO, *op.cit.*, p. 32.

concluir que mudanças em questões de propriedade imobiliária envolvendo o clero poderiam ensejar indesejáveis agitações sociais ou políticas¹⁰⁵.

Assim, esclarece Clarissa Tassinari, o *ius commune* nada mais era que a aceitação do Direito romano-canônico no período feudal. Com a Idade Moderna se avizinando, a Europa continental viu grassar a insurgência ao feudalismo. Surgem outros sistemas legais, embora a Inglaterra, como dito, tenha resistido a algumas transformações, mantendo o seu sistema jurídico feudal. Dessa forma, os países que romperam com o antigo regime criaram um sistema legal caracteristicamente alicerçado nas codificações: o *civil law* (tradução inglesa de *ius civile*), que, forjado em bases de Direito romano, se firmou como tronco das matrizes jurídicas dos países europeus continentais¹⁰⁶. É nesse contexto que o *common law* se desenvolve na Inglaterra e, mais que a escolha contingencial por um sistema jurídico, é içado a “orgulho nacional”, como destacam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo:

O estado centralizado, com seus sistemas legais nacionais, “começaram a substituir o *jus commune*, que se tornou um direito subordinado ou complementar. [...] Na Inglaterra, muitas das formas de feudalismo foram preservadas. [...] Mais importante de tudo, a *common law* nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas que caracterizavam a *common law* continental, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação¹⁰⁷.

¹⁰⁵ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 43-50.

¹⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle, posição 1518-1548.

¹⁰⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande, Porto Alegre: Sandro Antonio Fabris Editor, 2009. p. 47-48. Há certa jactância dos ingleses sobre o seu sistema jurídico, alçado a característica que catalisou o sucesso expansionista do Império Britânico. Como sustenta o historiador de Glasgow (britânico, portanto), Niall Ferguson, “O Império Britânico foi o maior império de todos os tempos, sem exceção. [...] Quando os britânicos governavam um país – mesmo quando apenas influenciam o seu governo flexionando seus músculos militares e financeiros –, havia certas características peculiares da sua própria sociedade que eles costumavam disseminar. A lista das mais importantes seria: 1. a língua inglesa; 2. Formas inglesas de posse de terra; 3. Bancos ingleses e escoceses; 4. O sistema de Common Law [...]”. Cf. FERGUSON, Niall. **Império**: como os britânicos fizeram o mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2021. p. 9 e 20-21.

Esboçado o *ius commune*, examinemos os contrastes do *common law*, tema aliás, que será examinado com maior vagar, pois é dele que são hauridos institutos cujo entendimento é imprescindível ao deslinde desta investigação. Para esse mister, notadamente para entender o seu surgimento, é pertinente a representação imagética dada por Ronald Dworkin ao repisar a continuidade histórico-institucional tratada por Wittgenstein, ou seja, a de “uma corda constituída de inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu comprimento nem a abarca em toda a sua largura”¹⁰⁸. Sob esse cenário, é lícito afirmar que o *common law* não tem data de nascimento, mas se desenvolveu ininterruptamente, já que, pontua Teresa Wambier, não rompeu o sistema jurídico antigo. É um *continuum* histórico¹⁰⁹. Ora, recordando que as ilhas britânicas foram colônia romana até os idos do séc. V, o *ius commune* nem bem se consolidou por lá. Aliás, foi extirpado pelas sucessivas invasões de anglos, saxões e dinamarqueses, fazendo com que a principal fonte de Direito (re)tornasse ao costume, embora em fins do séc. VI, com a conversão ao cristianismo, se notasse certo matiz de Direito eclesiástico nalgumas situações jurídicas. Mas, a descentralização do poder político e a predominância do Direito consuetudinário somadas à ausência de leis escritas fez com que inexistisse um Direito comum a toda a Inglaterra. Assim, nos primórdios da Idade Média, “O direito [na Inglaterra] era variável e a sua aplicação relativamente incerta”¹¹⁰.

Já no séc. XI, enquanto a Escola de Bolonha redescobria o Direito romano¹¹¹, a Inglaterra era tomada por Normandos após a vitória na batalha de Hastings (1066). O duque Guilherme da Normandia, ao invocar direito sucessório ao trono prometeu respeitar as “leis anglo-saxônicas”, ainda assim, nos primeiros tempos da conquista normanda, a *Curia Regis (King’s Council)* concentrava funções correspondentes aos poderes legislativo, executivo e de jurisdição. Somente a partir do séc. XII é que o

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 85.

¹⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

¹¹⁰ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 1317.

¹¹¹ Para gizar a ideia de que a Inglaterra não incorporou certas transformações do medievo, sobretudo tocante à Escola de Bolonha, René David diz que “O renascimento dos estudos de direito romano, esse fenômeno europeu, permaneceu acadêmico na Inglaterra. As universidades inglesas também ensinaram, é verdade, apenas o direito romano, mas sua influência foi desprezível [...]. As cortes reais que as substituíram não foram, em teoria, durante muito tempo, mais que jurisdições de exceção e, por esse motivo, não puderam acolher o ‘sistema’ que o direito romano constituía; elas elaboraram um novo direito, a *common law*, para cuja formação o direito desempenhou um papel muito limitado”. DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 3.

último adquiriu autonomia sob a alçada de três tribunais reais: o *Court of Exchequer* (“Tribunal do Tesouro”, cuidava de assuntos fiscais); o *Court of Common Pleas* (“Tribunal dos Pleitos Comuns”, afetava litígios fundiários); o *Court of King’s Bench* (“Tribunal do Banco do Rei”, com competência criminal). Inicialmente como instâncias de exceção vocacionados aos interesses reais, nos idos de 1300 as três cortes fixaram sede em Westminster, já não como tribunais de exceção, mas com competências ampliadas para tratar dos interesses do povo. O Direito utilizado por essas cortes era o *comune ley*, expressão do *law french* que é o antecedente linguístico da expressão *common law*, ou seja, o “direito comum”¹¹².

Desuniforme em origem e, dogmaticamente falando, inexistente o tal “direito comum”, as cortes reais o invocavam ficticiamente, aproveitando algumas regras consuetudinárias e outras legadas pelo Direito romano e canônico. Mais ainda, as cortes se fiavam em critérios de razoabilidade e bom senso. Aí é que a ideia de julgar igualmente um litígio atual com um anterior semelhante catapulta o *precedente* (*stare decisis*) ao elemento que deu coerência e estabilizou o *common law*. Assim, “O *common law* é, portanto, desde a origem, direito jurisprudencial e não direito consuetudinário”¹¹³.

Sem embargo da falta de data do *surgimento*, sabe-se que a *consolidação* do *common law* é creditada à Revolução Gloriosa (1688), culminância do movimento burguês para garantir as liberdades individuais frente ao absolutismo real. De contorno conservador, todavia, os revolucionários não ansiavam romper com o Direito do passado, tão só submeter o rei aos direitos individuais de propriedade – embora tenham deposto Jaime II¹¹⁴. Ombreado a esse movimento de resposta ao absolutismo é que, sob o *plano teórico*, surge o *common law*, tendo como maior contributo o jurista Sir Edward Coke (1552–1634). Inclusive, tamanha sua importância, que boa parte do séc. XVII o Direito inglês viveu a chamada “Era Coke”. Então, ao cerrar os punhos contra o absolutismo e retomando o ideário medieval de que o Direito não vinha da força humana, que apenas o manifestava por suas instituições (juízes e

¹¹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357-362; CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 1316-1336; DAVID, *op. cit.*, 2020. p. 4; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 207.

¹¹³ CARVALHO; ALMEIDA, *op. cit.*, posição 1336.

¹¹⁴ FERGUSON, Niall. **Império: como os britânicos fizeram o mundo moderno**. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2021. p. 46.

Parlamento), *Sir Coke* e demais teóricos, em suma, reputaram que o *common law* era a única fonte verdadeira do Direito inglês¹¹⁵⁻¹¹⁶. Mais adiante será visto o caso de maior importância do então juiz Coke, que, de certa forma abriu o caminho para o controle institucional do Judiciário sobre o Parlamento.

Retomando o fio da meada, o mesmo *continuum* histórico – ou certa fleuma ante a mudanças drásticas – que marcou a Inglaterra em não recepcionar o *ius proprium* na Idade Média é visto no séc. XVII com a Revolução Gloriosa que manteve o sistema jurídico, apenas suprimindo a imunidade do monarca aos seus termos¹¹⁷. Com efeito, nesses dois episódios não se verificou solução de continuidade com a tradição jurídica vigorante, premissa esta que torna forçosa a conclusão de que na Inglaterra juízes e parlamento não eram considerados ameaçadores aos interesses da novel classe burguesa. Ao contrário, eram vistos como aliados também tendentes a conter as arbitrariedades do soberano. Bem por isso, “[...] no direito inglês, não houve a necessidade de se criar o dogma da prevalência da lei e da aplicação estrita da lei pelo magistrado (juiz boca da lei), garantindo-lhe espaço e poder para interpretar a lei”¹¹⁸. Esse *locus* interpretativo, aliás, somado à cultura do precedente (*stare*

¹¹⁵ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 43-44.

¹¹⁶ Embora se coloque no séc. XVII a nascença do *common law* sob o plano teórico, registra-se que em 1187 o livro do *Chief of Justiciar* Ranulf de Glaville, intitulado *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, já enumerava os princípios do *common law* e, como um manual, explicava como peticionar às cortes reais. Já em 1250 Bracton, além de escrever sobre os princípios do *common law*, dá magistério sobre os *writs* (espécies de ação) apreciados nos tribunais de Westminster. Quanto ao *Sir Coke*, acentua-se ter ele decidido em 1610 o *case Bonham*, ímpar à contenção do arbítrio real, entendendo-se que as leis submeter-se-iam a um Direito superior, o *common law*. Não fosse assim, seriam nulas e ineficazes. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 27 e 31; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 365.

¹¹⁷ Ingleses são conservadores. Losano, ao tratar da decisão judicial no contexto do *common law*: “Essa continuidade jurídica é a expressão da continuidade política que caracteriza a história constitucional inglesa. Seu próprio nome – doutrina do precedente – exprime o elo que liga o juiz atual às decisões dos seus antepassados, até os séculos mais longínquos. (*Ibid.*, p. 335). O gosto inglês pela continuidade histórica do seu próprio Direito também é apontada pelo juscomparativista René David: “O jurista inglês - que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos - gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito”. (*Ibid.*, p. 355). Para Bertrand Russel, esse traço característico dos ingleses, “o amor ao meio-termo e à moderação”, é sedimentado de uma vez por todas, sob o plano institucional, no estratégico e bem-sucedido conflito entre o rei e o Parlamento da Inglaterra seiscentista. RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**: Livro 3: A filosofia moderna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 142.

¹¹⁸ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 17.

decisis), é a grande, senão a principal, característica do *common law*: o *judge-made law* (ou *rules made by courts*).

Tendo-se afirmado que o *common law* não se confunde com o *ius commune* – embora historicamente se relacionem – e esboçado os contornos sobre as origens e consolidação do primeiro, cumpre ainda responder: afinal, o que é o *common law*?

Ao repriminar a advertência alhures, Norberto Bobbio conceitua: “A *common law* não é o direito comum de origem romana [...] mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei”¹¹⁹. Boa síntese é de Toni M. Fine, para quem o *common law* é “o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de *civil law*”¹²⁰. Com Gilissen: “O *common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais”¹²¹. Enfim, para fugir de um ciclo enfadonhamente repetitivo, tome-se o último conceito para analisar elemento que é a pedra de toque do *common law*, e que para o deslinde deste trabalho não pode passar batido: o *judge-made-law*.

O *Judge-made-law*, ou na expressão de um dos fundadores do utilitarismo, Jeremy Bentham, o *judiciary law*¹²², diz respeito, a um só tempo e em linhas gerais¹²³, sobre quem faz o Direito e como o faz no contexto do *common law*, ou seja, pelos juízes e por analogia a precedentes (*stare decisis*), respectivamente. Palmilhando

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 33.

¹²⁰ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 67.

¹²¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 208.

¹²² Segundo Jeremy Bentham, o “Common law, as it styles itself in England, judiciary law as it might aptly be styled every where. that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric: like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe”. “Common law, como se atribui a si mesmo na Inglaterra, ou um direito judiciário como se poderia dizer melhor em outros lugares, essa composição fictícia que não tem qualquer pessoa conhecida como autor, nenhum conjunto de palavras como conteúdo forma onde quer que seja a parte principal da construção jurídica: como éter imaginário, que, na falta de matéria sensível, preenche a medida do universo” (tradução nossa). Pelo tom, já se vê que Bentham era um ferrenho crítico ao *judge-made-law*. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to he principles of morals and legislation**. kitchener: Batoche Books, 2000. p. 11-12.

¹²³ A despeito do *common law* nascer britânico, se disseminou pelo mundo. Além disso, é longo. Essa conjugação, sem espanto, redundo no fato de que há muitas nuances entre o *common law* da Era Vitoriana para o atual, ou mesmo para o praticado na Inglaterra face ao estadunidense, cujo contributo ao controle de constitucionalidade é inarredável. As obras aqui utilizadas já demonstram em maior ou menor grau essa afirmação. Pelo didatismo e clareza, todavia, destacamos a *Introdução ao Direito Comparado*, dos juscomparativistas lusitanos de Jorge Morais Carvalho e Carlos Ferreira de Almeida. Adverte-se, ademais, que os elementos do *common law* trabalhados nesse excerto se referem ao que é praticado na Inglaterra, salvo expressa notação contrária.

essas ideias, duas são as teorias que buscaram harmonizar o sistema à questão dos precedentes: a declaratória e a constitutiva. A primeira diz que a atividade jurisdicional se limita a declarar o Direito preexistente. A segunda concebe o papel criativo dos tribunais ao decidir, ou seja, é efetivamente o *judge-made-law*. Embora a teoria declarativa um tanto blinde os juízes, que inobstante eventual ato de criação do Direito poderiam se esbarrar no discurso de apenas aplicá-lo, ela foi relegada à ficção, dado que no *common law* quase sempre a regra aplicada tem origem jurisprudencial¹²⁴.

Antes de se avançar sobre o *stare decisis*, gize-se: a rigor, ele é “uma característica da técnica de decisão do *common law*”¹²⁵. Logo, sem subverter a relação de continência, primeiro surgiu o *common law*, que serviu de matriz sobre a qual se desenvolveu o *stare decisis*, cujo propósito era a segurança jurídica¹²⁶. Em termos práticos e abusando do generalismo¹²⁷, ao decidir com base em precedentes (*stare decisis*) o juiz primeiramente deve se indagar como foram julgados casos análogos no passado. Com maior frequência, existe um núcleo estável de decisões que claramente se adequam ao caso concreto. A novel decisão, atentando-se aos precedentes, ingressará ao *common law* como *declaratory precedent*, um precedente que mantém a tradição jurisprudencial. Situação adversa ocorre quando o juiz não encontra precedente à nova situação, compelido a julgar segundo os princípios gerais de Direito. Essa nova decisão constituirá um *original precedent*, a ser observado em casos vindouros¹²⁸. Por fim, nos casos sem precedente ou inovadores (*leading cases*),

¹²⁴ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 1677-1699; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 31. Para refutar a teoria declarativa, Herbert Hart denuncia que o formalismo verbal escamoteia a função criadora do Direito pelos juízes: “Em um sistema no qual o princípio do *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados. Na Inglaterra, esse fato é muitas vezes obscurecido pelo formalismo verbal, pois os tribunais frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a ‘intenção do legislador’ e fazer referência ao direito já existente.” HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 176.

¹²⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 36.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹²⁷ Reforçando um ponto já tratado em nota, mas afinando para elementos específicos do Direito inglês, vê-se que mesmo autores nascidos sob aquela tradição demonstram certo titubeio ou cuidado com terminologias e seus significados. Em Hart, por exemplo: “As descrições da ‘teoria’ inglesa do precedente são ainda, em certos pontos, altamente discutíveis: na verdade, até as palavras-chave usadas na teoria, ‘*ratio decidendi*’, ‘fatos materiais’, ‘interpretação’ e outras, têm sua própria zona obscura de incerteza”. HART, *op. cit.*, p. 174.

¹²⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 336.

os juízes fundamentam a decisão com certa vagueza, invocando princípios jurídicos, lançando mão de argumentos de razoabilidade, quando não pura e simplesmente afirmando que é essa a solução “segundo o direito inglês”¹²⁹. Grosso modo, assim se opera a técnica do *stare decisis*.

Estabelecidas essas premissas, sendo a principal fonte do Direito no *common law* a jurisprudência, inescapavelmente ele é taxado de um sistema calcado em casos concretos ou *case law*¹³⁰. Essa conjuntura permite compreender a importância dada noutro aos vetustos repositórios jurisprudenciais, os *Year Books*, alçados a um dos principais produtos da imprensa inglesa. Se os *Plea Rolls* elaborados a partir de 1292 tinham a finalidade do ensino jurídico, os *Year Books* eram uma compilação de casos discutidos nos principais tribunais entre 1270 e 1535, refletindo as opiniões dos juízes. Atualmente, fonte de consulta similar são os *Law Reports*, caracterizada por excelentes índices à boa consulta do amplo material. Efetivamente, tanto com eles quanto após a edição do *Statute of Westminster II* (1285), que permitia a emissão de *writs* contanto que se assemelhassem a casos anteriores, é lícito afirmar que a cultura do *stare decisis* se enraizou no *common law*. Aliás, considera-se que foi no ano de 1557 que se utilizou pela primeira vez o termo *precedente*¹³¹.

A questão das fontes do Direito no contexto do *common law* merece destaque por outro elemento crucial à pesquisa: é que ao longo de toda a Idade Média e de seus estertores com a Idade Moderna, a tradição em apreço não distinguia em essência a função de adjudicação com a de legislação, de modo que o Parlamento era reconhecido como a mais alta corte, embora não mais que isso. Sendo três as possíveis fontes das leis (razão humana, obra divina ou os costumes típicos dos povos), tanto as cortes como o Parlamento criavam o Direito por intermédio da razão humana, a *artificial reason*¹³². Em termos de gênese, aliás, Nuno Piçarra afirma que

¹²⁹ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 1677.

¹³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 409, 415-416. O mesmo autor, em outra obra, fala mesmo de uma “natureza jurisprudencial da *common law*”. DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 45.

¹³¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 46; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Londrina: Toth, 2020. p. 29-31; LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 338-339; DAVID, *op cit.*, 2002. p. 376.

¹³² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

as leis iniciavam com a atividade judicial, que as fazia surgir pelo ato de declaração¹³³. Assim, diante da mútua imbricação que não tardou objetivar a redução dos poderes monárquicos, o Parlamento exercia julgamentos ao passo que as leis que aprovavam eram escritas, em grande medida, “pelos próprios juízes como a cristalização de princípios do *common law* descobertos e lapidados pelas Cortes. Outras vezes os juízes consultavam o Parlamento acerca do significado de certos *statutes*”¹³⁴, o que permite concluir, bem lida a questão, que o *common law* “praticado” àquela época [certamente até a Revolução Gloriosa (1688)], ao menos em tese, criara um ambiente relativamente favorável ao diálogo institucional.

A questão dos diálogos institucionais será abordada mais à frente. De momento, retomando aos destaques característicos do *common law*, fale-se da sua peculiar estrutura orgânica do Poder Judiciário. Tomemos por exemplo a Inglaterra, que assim como o Brasil, estrutura suas cortes de forma hierarquizada. Sob tal circunstância, o *stare decisis* inglês é vinculante seguindo a lógica de guarda-chuvas superpostos, em que um tribunal inferior tem pequena envergadura e está no plano mais baixo recebendo sombra – portanto, vinculado – do que está imediatamente acima, de maior envergadura. Este, igualmente, se encontra vinculado ao guarda-chuva maior acima de si. Assim, no topo está a Câmara dos Lordes (*House of Lords*), que além de si vincula todos os tribunais inferiores. A *Court of Appeal* vincula a si e aos tribunais inferiores, ao passo que a *Court of Criminal Appeal* vincula apenas os inferiores. Entre estas duas cortes recursais existe uma influência de fato, não bem um vínculo recíproco e formal. De fato, os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões dos tribunais superiores, isto é, do *Supreme Court of Judicature* e da *House of Lords*. Quanto aos demais, no limite, exercem poder persuasivo perante outras cortes¹³⁵.

Independentemente a instância, no contexto do *common law* a obrigatoriedade do precedente reside no que se chama de *ratio decidendi*, que guarda o(s) motivo(s) pelo(s) qual(is) o juiz decidiu em tal sentido. É ela quem incensa as regras do Direito jurisprudencial (*case law*), guindando o precedente à condição de fonte do Direito no

¹³³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 45.

¹³⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

¹³⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 337-338; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 428-429.

common law. A estrutura da sentença é comumente formada de uma sucinta exposição fática, da decisão e do(s) motivo(s), isto é, da *ratio decidendi*, que gerará o número equivalente de precedentes, isto é, para cada *ratio*, um precedente. Não há, assim, univocidade entre o *case* e o *stare decisis*. Há um outro elemento na decisão do *common law*, embora de menor importância: o *obiter dictum*. São as observações incidentais do juiz, que, conquanto debatíveis, não se leva em total consideração. O valor dessas citações, quase soltas porque afinal desnecessárias é eminentemente persuasivo, isto a depender do prestígio do juiz que as proferiu, da acurácia de sua análise e de outras variantes, caso a caso¹³⁶. Desse emaranhado e considerando não haver uma “topografia” na decisão indicando *a priori* o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*, resulta a necessidade de análise detida para garimpar a *ratio decidendi* da decisão, o que, ao menos no contexto inglês pode levar a um paradoxo, já que por lá, em regra, juízes não são obrigados a motivar as decisões. Sem embargo, ao menos nos tribunais superiores, é frequente o magistrado expor sinteticamente as razões que explicam sua decisão, usando fórmulas e regras que transpõe as lindes processuais, dada a generalidade de seu emprego. É bem aí que surge o processo de apuração das distinções, o *distinguishing*¹³⁷. Desenevando as diferenças fáticas e fundamentais do caso e considerando que elas não se adequam ao precedente usado, o *distinguishing* não muda o seu conteúdo, mas indica um outro precedente aplicável. Logo, não maldiz o precedente (*bad law*), mas o diz inaplicável à espécie (*inapplicable law*). É, pois, uma decisão para não se aplicar um *stare decisis*¹³⁸.

Para encerrar o tópico, afastando-se a ideia de que a doutrina do *stare decisis* sirva de camisa de força à evolução do Direito, pelo contrário, reserva à ciência jurídica uma grande capacidade de adaptação ao caso concreto¹³⁹, resta ainda mencionar que

¹³⁶ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 338; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 407-409, 430; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 33.

¹³⁷ DAVID, *op. cit.*, p. 430.

¹³⁸ FUGA, *op. cit.*, p. 78-79.

¹³⁹ “Pode ser por isso surpreendente que o direito inglês evolua e mostre até grande capacidade de adaptação a novas condições e concepções sociais. Uma primeira possibilidade de mudança deriva da revogação de normas jurisprudenciais por normas legais. Mas há também instrumentos técnico-jurídicos de natureza judiciária que viabilizam a evolução. Como se costuma dizer, a doutrina do precedente não funciona de modo puramente mecânico, como se fosse uma ‘slot-machine’. O sistema contém em si próprio virtualidades que compensam a aparente rigidez. Cf. CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 1653.

há meios de desvinculação dos *stare decisis*. Isso ocorre quando o juiz, ao aplicá-lo em um caso, considere que levará a um resultado injusto. Nesse sentido, se um tribunal superior decide não empregar o precedente de um inferior, basta que se pronuncie nesse sentido, e, então, o precedente será superado (*overruled*), substituído pelo novo, emitido pela corte sobranceira. Já a desvinculação de um tribunal inferior perante precedente de tribunal superior é mais trabalhosa, exigindo-se o apontamento das diferenças de fato entre o caso em lume e o que corresponde ao precedente. A grande quantidade de sentenças tortuosas que esta situação leva não passa imune às críticas dos juristas, assoberbados de material jurisprudencial. Só o juiz de menor grau na hierarquia é que não tem outra saída “senão adaptar regras antigas a situações novas”¹⁴⁰.

Importante mencionar que o *overruling* passou a existir somente em 1966, quando a *House of Lords*, que já praticava o *distinguishing*, proferiu o *Practice Statement of Judicial Precedent*¹⁴¹.

Naturalmente, a abertura de novos assuntos, antes de imprimir certezas, mais amplia os horizontes de dúvidas. Tantas outras questões poderiam ser enfrentadas sobre o *common law*, especialmente sobre o *stare decisis*, espaço houvesse¹⁴². O assunto, todavia, não é insepulto. Será recuperado ao longo da pesquisa, pois, sem sombra de dúvida, constitui o *leitmotiv* do trabalho que busca “os porquês” de sua introjeção à tradição jurídica brasileira, de *civil law*, este, aliás, o assunto ser abordado na sequência.

¹⁴⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 336-338.

¹⁴¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 46-47.

¹⁴² Para a crítica ao *stare decisis*, recomenda-se *O conceito de direito*, de Herbert Hart, capítulo sétimo, em que trata do formalismo e do ceticismo em relação às normas, no específico tópico em que aborda a textura aberta do Direito. Numa passagem, elenca três elementos contrastantes no *stare decisis*: a falta de método único para identificação do precedente autorizado; a impossibilidade de extrair dos casos decididos alguma formulação exauriente que mostre a correição de qualquer norma; e a despeito da elevada autoridade da norma derivada do precedente, ela se compatibiliza tão só com as atividades criadora ou legislativa pelos tribunais sujeitos a essa norma. Na sequência, articula considerações importantes sobre o *distinguishing*. Outra obra pertinente é *O império do direito*, de Ronald Dworkin. Outrora discípulo de Herbert Hart e depois ao criticá-lo com a pecha de “positivista dos simples fatos”, Dworkin apresenta no terceiro capítulo da referida obra uma crítica favorável ao *stare decisis* no sentido de que, não podendo ser olvidado o precedente da atividade interpretativa do juiz, este se vê pressionado pelo acordo. Noutras palavras, o precedente impõe a convergência ao Direito. Finalmente, para um apanhado sintético e voltado a questão da segurança jurídica, *Superação de precedentes*, de Bruno Augusto Sampaio Fuga, primeiro capítulo, parte final.

2.3 O *Civil Law*, a tradição germânico-romana

Nessa altura do estudo, é um tanto mais fácil tratar do *civil law* tomando por referência os assuntos abordados nos dois últimos tópicos. Isso porque o *civil law* é considerado o Direito “europeu continental de origem romanística”¹⁴³, isto é, hauriu elementos do Direito romano. Além disso, inobstante uma vetusta ancestralidade comum, em certa quadra da história houve a bifurcação que não só emancipou e individualizou cada um dos sistemas, mas traduziu uma oposição entre eles. Assim, afirma-se amiúde que o “*common law* opõe-se a *civil law*”¹⁴⁴. Não se olvide também, uma vez que a perspectiva é dada por quem está imerso no sistema em comento, que o assunto não guarda o mesmo grau de dificuldade que o tópico precedente, com os seus estrangeirismos típicos (*distinguishing, overruled, etc*). Finalmente, esclarece-se que não serão dedicadas tantas linhas ao presente tópico, visto que, cotejados os graus de importância de cada tema desta pesquisa, a *pole position* estaria, certamente, com o *common law*.

O *civil law*, considerado no Ocidente a tradição jurídica mais antiga, tem sua origem associada ao ano 450 a.C. com o advento da *Lei das XII Tábuas*, transição da Monarquia para a República romana. Há, também, estreita conexão com o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, editado entre 529-534 d.C., já na fase do Império¹⁴⁵, portanto. Não à toa, “*Civil law* é a tradução inglesa de *jus civile*, tomada como paradigma do direito romano, recebido por aquelas ordens jurídicas e tronco comum dos direitos europeus continentais”¹⁴⁶. Já tendo tratado dessas instituições jurídicas de antanho, sem embargo dessa sementeira, a tradição em comento estabeleceu contornos próprios somente na Alta Idade Média (séculos V a X), já decaído o Império Romano do Ocidente, quando, junto aos “povos nativos” grassaram os reinos de origem germânica. A coexistência entre os diversos passou a ser regulada de forma amalgamada entre o já usual Direito romano com as tradições dos invasores, pródigios nos costumes germânicos. Aliás, embora a premente tradição oral, alguns destes

¹⁴³ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 328.

¹⁴⁴ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 2273.

¹⁴⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 52.

¹⁴⁶ CARVALHO; ALMEIDA, *op. cit.*, posição 2273.

costumes foram compilados, e é justamente nessa conjuntura que indigitada mixórdia se torna evidente, a exemplo da Lei Sállica, além de outros diplomas legais como o Código de Eurico, o Breviário de Alarico (ou *Lex Romana Visigothorum*), bem como o Código Visigótico¹⁴⁷. Após notável obliteração desse Direito amalgamado, muito em razão do poder legislativo eclesiástico, a partir da Baixa Idade Média (séc. XI ao XV) o Direito romano – especialmente o que se refere à *Lei das XII Tábuas* e ao *Corpus Juris Civilis* – ressurgiu como objeto de estudo em algumas universidades europeias, especialmente a de Bolonha, cujos comentários em glosas por insignes juristas como Irnério, Accursio e Bártolo de Sassoferrato, receberam autoridade ao ponto de suplantarem os próprios textos da *lex romana*¹⁴⁸.

Esse *ressurgimento* do Direito romano, ou *recepção*, não foi uniforme. Por exemplo, em Portugal a forte centralização política outorgando ao monarca o poder legislativo e a codificação empreendida com as Ordenações (a partir do séc. XV), resultou na *romanização do Direito* muito mais tímida do que a notada na Alemanha, politicamente fragmentada, máxime sob o ideário da pretensa continuidade do Império Romano no Sacro Império Romano-Germânico. Na França, o *ancient régime* era marcado por curiosa dicotomia: ao sul, o *pays du droit écrit*, em que o Direito visigodo romanizado se dobrou ao Direito romano *justinianeu*; ao norte, com o *pays des coutumes*, os costumes germânicos permaneciam como a principal fonte de Direito, tendo sido compilados a partir do séc. XV. Por essas razões, se diz que na Alemanha, o ressurgimento (ou recepção) do Direito romano foi *ratione Imperi* (em razão do Império), enquanto nos demais países foi *imperio ratione* (por força da razão)¹⁴⁹.

Embora o fenômeno da redescoberta do Direito romano seja o regato em que o *civil law* jorrará suas primeiras águas, é, sem dúvida, com a Revolução Francesa de 1789 que ele se tornará caudaloso como um rio. Eis o ponto de inflexão ao *civil law* e, por que não, de toda a humanidade, já que se trata do marco que encerra a Idade Moderna e dá início à Idade Contemporânea. Foi, certamente, o “facto histórico decisivo para os elementos internos convergentes das ordens jurídicas integrados nesta família de direitos”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 684.

¹⁴⁸ *Ibid.*, posição 684; NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 52-57. Sobre o advento da Escola de Bolonha, veja-se a nota 107 supra.

¹⁴⁹ CARVALHO; ALMEIDA, *op. cit.*, posição 705.

¹⁵⁰ *Ibid.*, posição 729.

A Revolução Francesa foi um movimento de reação política, de cunho violento¹⁵¹, encabeçado por burgueses e aristocratas¹⁵² insatisfeitos com a crônica crise fiscal após a intervenção na Revolução Americana. Já havia certo tempo que as finanças do Estado francês não iam bem. O banco central não emitia papel-moeda e a dívida do governo só aumentava pela constante venda de cargos, dispendiosa e parasitária folha de pagamento. Sucessivos ministros não conseguiam reformar o sistema. Sem consenso, Luís XVI se viu forçado a convocar os Estados Gerais, mas o tiro saiu pela culatra: a Câmara Baixa proclamou a Assembleia Nacional que, ao fim, editou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1789. Apesar do tom pacificador, o documento (incorporado à Constituição de 1791) divergia da predisposição beligerante da horda revolucionária, que um mês antes (julho), tomara, a *manu militari*, a Bastilha, prisão política com apenas sete detentos¹⁵³.

Coeteris paribus, o que se viu foi uma sanguinolenta sucessão de eventos: ataque à família real em Versalhes, o Dia dos Punhais, o massacre de *Champs de Mars*, além do morticínio de 1400 presos adeptos à monarquia. Nem o rei escapou: preso em agosto de 1792, Luís XVI tentou fugir de Paris disfarçado na comitiva de uma baronesa russa. Mas o plano não passou de outro tiro atabalhado. Em 21 de janeiro de 1793, o *Bourbon* foi guilhotinado¹⁵⁴. Entrementes, o poder passou do grupo jacobino Sociedade dos Amigos da Constituição para a Comuna Insurrecional e, após, aos Comitês de Vigilância e de Salvação Pública da Convenção Nacional. Aliás, Edmund Burke, atento às lições de *O contrato social* de Jean-Jacques Rousseau, fizera preciso vaticínio: a democracia que seguiria à revolução quedaria, inexoravelmente, em oligarquia, mas que daria lugar, ao fim, a uma tirania. Pois bem, após o poder permanecer com a Convenção Nacional, esta foi “substituída pelo Diretório (outubro de 1795), o Diretório pelo Primeiro Cônsul (novembro de 1799) e o

¹⁵¹ Um dos atos inaugurais da revolução – a tomada da Bastilha, em 14 de julho de 1789 – foi marcado por assassinatos, o que, em certa maneira, amplificou a sanha da multidão revolucionária que já no outubro seguinte atacou a família real em Versalhes. O resultado: cem mortos. De fato, a mortalidade grassou. Superando exponencialmente o número de mortes da Guerra de Independência dos Estados Unidos, estima-se que entre 1792 e 1815, no período da Revolução Francesa propriamente dita e das Guerras Napoleônicas, tenham morrido cerca de 3,5 milhões de pessoas, de ambos os lados. Isso, afóra os alvos da repressão interna: cerca de 17 mil executados após o devido processo e entre 12 a 40 mil guilhotinados ou enforcados sem julgamento. Cf. FERGUSON, Niall. **Civilização**: ocidente x oriente. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2016. p. 187-189.

¹⁵² Como assevera Harari: “A Revolução Francesa foi liderada por importantes advogados, e não por camponeses famintos”. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 111.

¹⁵³ FERGUSON, *op. cit.*, p. 183-187.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.187.

título de primeiro cônsul pelo de imperador (dezembro de 1804)”¹⁵⁵. Enfim, “entre a Queda da Bastilha, em 1789, e ascensão de Napoleão, em 1799, passaram-se dez anos. Dez longos anos cujos efeitos são sentidos e discutidos até hoje”¹⁵⁶.

Não é dificultoso compreender, pela forma como escalou a violência contra a institucionalidade francesa (em sentido lato), que o *civil law* naquele contexto vem com nítidas amarras à figura do juiz. Não à toa, é nesse período surge a figura do juiz *bouche de la loi* (boca da lei), reduzido a um aplicador da legislação, que deveria ser suficientemente clara para não demandar interpretações. Na falta de resposta legal, o juiz apenas remetia o caso ao legislativo para o exercício hermenêutico¹⁵⁷.

No chamado *período intermédio*, que medeia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão até a promulgação do *Code Civil* (1804), foram encetadas grandes mudanças no Direito francês, o que, variando em tempo e modo, se espalhou por outros países europeus continentais. Em Portugal, por exemplo, mudanças ocorreram a partir da Revolução Liberal, de 1820. Na Alemanha, só se estabilizaram com a Constituição unificadora, de 1871¹⁵⁸.

Como acentuado, o desenrolar da Revolução Francesa explica as principais características que o *civil law* tomou. A separação de poderes talvez seja a mais nítida delas, sobretudo a ênfase às competências legislativas e, claro, certa relutância à de eficácia normativa à função jurisdicional. É sob esses vetores que o ideal de liberdade foi determinante na convicção de que apenas a lei, votada por representantes do povo, diria a vontade geral. Por isso e por uma questão instrumental, na medida em que se apresentava como o melhor veículo das ideias revolucionárias, a lei foi içada ao primado das fontes de Direito, quando não fosse considerada a única. Como corolário, a codificação dos direitos da família romano-germânica (compilação sintética e sistemática) foi o meio eleito para, além de assegurar a concentração e a divulgação da lei, atribuir a ela a primazia entre as fontes de Direito¹⁵⁹.

Nessa esteira, em praticamente dez anos o epicentro da revolução, a França, viu promulgar os códigos civil (1804), de processo civil (1807), do comércio (1807),

¹⁵⁵ FERGUSON, Niall. **Civilização: ocidente x oriente**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2016.p. 190.

¹⁵⁶ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020. p. 199.

¹⁵⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Londrina: Toth, 2020. p. 55.

¹⁵⁸ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 729.

¹⁵⁹ *Ibid.*, posição 729.

penal (1811) e de instrução criminal (1811). Já em Portugal, foram aprovados os códigos comercial (1833), o administrativo (1836), o penal (1852), o civil (1867), o de processo civil (1876) e o de processo comercial (1895). Na Alemanha, foram editados os códigos penal (1871), o de processo civil (1877), o de processo penal (1877), o civil (1896) e o comercial (1897)¹⁶⁰.

Apesar do tempo, tais fatos tanto vincaram o *civil law* que ainda é incontroverso dar à lei o *status* de fonte primária do Direito nessa tradição¹⁶¹. Na via oposta, a jurisprudência não guarda igual destaque. Em geral, não é considerada fonte imediata do Direito. As decisões no *civil law*, *a priori*, só são eficazes no caso concreto e servem, derivada e mediatamente, ao conhecimento do Direito. Havendo uniformidade, isto é, constituindo o conceito brasileiro de jurisprudência, elas até exercem efeito persuasivo, mormente como tapa-furo de norma¹⁶².

Quanto à prática do *civil law*, em suma, nos ordenamentos sob essa tradição a descoberta do Direito aplicável é, num primeiro momento, reconduzida ao simples cotejo de uma norma contida no sistema legal. Não por outra razão que o processo é centrado na interpretação da lei e, na falta desta, na sua integração. A metodologia da interpretação da lei é de construção doutrinária, exprimindo variadas orientações (subjetivista ou objetivista, historicista ou atualista). Alguns métodos hermenêuticos, inclusive, chegam a adquirir *status* de “escola” (exegética, do direito livre, da jurisprudência dos conceitos, dos interesses ou dos valores)¹⁶³.

Dado por satisfeito o propósito do item, à guisa conclusiva do capítulo, uma comparação entre o *common law* e o *civil law* é didaticamente pertinente.

2.4 Comparando: semelhanças e diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law*

Iniciando a comparação pelos pontos comuns, ambos sistemas fizeram da colonização o veículo de expansão às sociedades não europeias. Sob o aspecto religioso e meta-jurídico, destaca-se a influência da moral cristã e a distinção do Direito

¹⁶⁰ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 729-751.

¹⁶¹ Embora as variâncias. O costume, na Alemanha, pode ter a mesma eficácia da lei. *Ibid*, posição 751.

¹⁶² Embora mantida a linha argumentativa dos juscomparativistas Jorge M. Carvalho e Carlos F. de Almeida. No entanto, o já apontado hibridismo entre os sistemas de Direito Ocidental, de certa forma tende a relativizar o argumento que encerra profundo hiato entre as tradições. CARVALHO; ALMEIDA, *op. cit.*, posição 935.

¹⁶³ *Ibid*., posição 1003-1025.

com outras ordens normativas (moral, convivência social e a própria religião). A tradição cultural de ambos é voltada ao humanismo e ao racionalismo. Economicamente, proclamam uma economia de mercado calcada, em graus distintos, no liberalismo. Sob o viés político-jurídico, alguns pontos de intersecção edificam as duas tradições: organização política e sistema jurídico de base estadual, democracia representativa, separação de poderes, consagração de liberdades e garantias individuais e a reduzida importância ao costume. Todavia, fique claro: as semelhanças elencadas estão sob uma perspectiva distante, macroscópica, embora seguramente essas características “constituem afinal o *common core* dos direitos atualmente vigentes nas sociedades que compõem a chamada ‘civilização ocidental’”¹⁶⁴.

Quanto às diferenças, sob aspectos meta-jurídicos, nas sociedades que implantaram o *common law* nota-se, além do uso da língua inglesa, maior tendência ao pragmatismo e ao empirismo. Historicamente, tem-se a recepção do Direito romano nos países sob a égide do *civil law* em face da autárquica e um tanto hermética criação jurídica inglesa. Ainda no campo histórico, a notável influência da Revolução Francesa no primado da lei, ponto característico do *civil law*, versus o “espírito inglês” isolacionista e conservador que, mesmo diante da Revolução Gloriosa, manteve o modo *case law* de dizer o Direito. Aliás, é bem nas questões legais e jurisdicionais que as dicotomias ganham corpo. Ora, como asseverado, no *civil law* tem-se a primazia da lei, considerada a fonte normativa referencial para todas as questões jurisdicionais, ao passo que a jurisprudência é relegada ao plano das fontes mediatas. No *common law* essa relação é invertida, dado que a primazia é dada à jurisprudência (*case law*), fonte de revelação das normas jurídicas formadas pelos tribunais, segundo o princípio – ou técnica – do *stare decisis*. Como conseqüência disso, abre-se curioso modo de encarar o processo decisório, uma ambivalência em pontos de vista¹⁶⁵. Enquanto o

¹⁶⁴ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 2273-2296.

¹⁶⁵ Mesmo o truismo a ideia de que uma mera perspectiva possa mudar um objeto, interessante recordar a competição pela escultura mais bela em homenagem a Atena. Conta-se que no séc. V a.C., dois grandes escultores, Fídias e Alcámenes, fizeram cada um uma estátua à deusa. Eleita a mais bela, seria içada a uma coluna. A de Alcámenes ganhou. Dizia-se, não sem perplexidade, que a de Fídias tinha aparência grosseira e o espanto era bem justificado: exímio escultor, a Fídias se atribui a orientação da reconstrução de Atenas após uma das Guerras Médicas, bem assim a reedificação do Partenon junto à Acrópole. Sua *magnum opus*, embora sequer há provas de sua real existência, é a estátua de Zeus Olímpico, uma das sete maravilhas do mundo antigo, que teria 12 metros de altura. Fídias protestou a derrota e, argumentando que a vencedora seria exibida sobre uma coluna, pediu para que ambas fossem içadas. Pois bem, após guindadas notou-se as regras de proporção, perspectiva e elegância da estátua de Fídias, então premiado. REI DA PRÚSSIA, Frederico II. **O anti-Maquiavel**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 90.

judge-made law põe a resolução dos conflitos na essência da função jurisdicional estabelecendo uma prelação ao Direito processual em face do substantivo, um “Direito do legislador”, ao contrário, deposita a fé na capacidade das normas jurídicas como regras de conduta, ainda que não haja conflito. Assim, no último, o Direito substancial é mais valorizado em face do processual. Ainda nessa quadra, no *common law*, a pouca importância à codificação e uma preferência à literalidade na interpretação legal, além da subordinação ao *stare decisis*, desaguam na forte relutância (ou mesmo inadmissibilidade) à aplicação analógica da lei. Esta, aliás, vista com boa carga de ceticismo. Contrariamente, no *civil law*, a crença na lei beira o fetichismo¹⁶⁶.

Uma última nota comparativa, sob a perspectiva de fragilidade ou robustez dos sistemas – visão que extrapola lindes jurídicos – Nassim Nicholas Taleb, conhecido por sua teoria sobre eventos raros e importantes, o *cisne negro*, comunga com filósofo italiano Bruno Leoni, para quem um sistema cujas variações ascendem, isto é, de baixo para cima, é mais robusto pela sua diversidade, em comparação com a rigidez de sistemas com codificações explícitas. Assim, o *common law*, que premia a variação pela técnica do *case law*, permitiria que juízes de primeira instância provocassem mudanças no Direito como um todo, fortalecendo o sistema – ou o tornando “antifrágil”. Embora tal consideração, um senão: “A bem da verdade, a escolha de um tribunal pode ser uma loteria – mas ajuda a evitar os erros em grande escala”¹⁶⁷.

Esboçadas as comparações, para encerrar: fuja-se de uma caricatura simples e rasa sobre as duas tradições jurídicas, como se o *common law* fosse sempre e tão só pautado em normas jurisprudenciais, ao passo que o *civil law* se limitasse à mera subsunção legal. Vale dizer, o respeito aos precedentes não é e nunca foi exclusividade da tradição anglo-saxã, da mesma forma que a produção legislativa não é privilégio¹⁶⁸ da tradição romano-germânica. O que realmente difere nas tradições é a atitude espiritual frente às fontes do Direito. É, dessa maneira, como pondera Roscoe Pound sobre o *common law* ser uma forma de pensar e de tratar o Direito: “a mode of judicial and juristic thinking, a mode of treating legal problems rather than a fixed body of definite rules”¹⁶⁹. Nesse sentido, o jurista de *civil law* segue constrangido

¹⁶⁶ CARVALHO, Jorge Moraes; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 2320-2344.

¹⁶⁷ TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil**: coisas que se beneficiam com o caos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020. p. 107.

¹⁶⁸ Curioso usar a palavra *privilégio* nessa quadra, já que tem origem latina e significa *lei privada*.

¹⁶⁹ Em livre tradução, soa como “[o *common law* é] um modo de pensamento judicial e jurídico, um modo de tratar questões jurídicas em vez de um corpo fixo de regras definidas” (tradução nossa).

a se referir à lei em primazia, embora sua fundamentação possa ser haurida de regras de origem jurisprudencial. Também assim, o *common lawyer* hodierno não deixou de lado sua preferência em invocar precedentes, mesmo que sua fundamentação seja baseada em normas originariamente criadas por via legislativa. É justamente nesse sentido, e para aproximar com um exemplo prático, que o *common lawyer* devota grande atenção em distinguir *ratio decidendi* e *obiter dicta*, na medida em que valoriza a fundamentação da decisão, que tem efeito vinculante. Para o *civil lawyer*, *prima facie*, a fundamentação padece como mera explicação lógica da norma legal, embora, no contexto nacional, isso vem sendo mitigado¹⁷⁰.

Tendo-se falado sobre o *common law* e o *civil law*, suas características históricas, suas proximidades e diferenças, é tempo de analisar o *locus* em que o Brasil se encontra.

2.5 O Brasil, o que herdou

Antes de seguir o contínuo histórico, algumas considerações de cariz sociológico-jurídicas, quase ao nível comportamental, auxiliarão o entendimento sobre o Direito brasileiro e sua matriz. Afinal, como pontua José Rodrigo Rodriguez, “O Brasil faz parte da tradição do direito ocidental, mas seu direito tem características próprias que devem (sic) compreendidas em sua configuração específica”¹⁷¹. Vamos, então, às nuances que interessam a este trabalho.

Raymundo Faoro, ao propósito de demonstrar como os conceitos de um dos fundadores da Sociologia, Max Weber, relativos ao patrimonialismo e aos estamentos burocráticos¹⁷² se manifestaram (e perduram) no Brasil, aponta uma dualidade em nosso componente social que, oscilando entre “a decepção e o engodo”, guindará à

Note-se que embora enfatize a questão da forma de pensar e de tratar o Direito, ao final do conceito Roscoe dá a deixa, embora como inferência, de que a tradição do *common law* se distingue (no caso, evidentemente está falando do *civil law*) por não ter a rigidez das codificações. POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. New Hampshire: Marshall Jones Company, 1921. p. 40.

¹⁷⁰ CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 2391; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 54, 60-61.

¹⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 63.

¹⁷² Disse em conferência em Munique, em 1919: “A uma associação política, na qual meios administrativos materiais estejam totalmente ou em parte na propriedade da equipe administrativa independente, gostaríamos de denominar associação estruturada ‘por estamentos’”. WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020. p. 17.

classe politicamente dominante ares de taumaturgia, a quem seria atribuído o mister de “construir a realidade”¹⁷³. Tal construção teria por argamassa, segundo Raymundo Faoro, a legalidade teórica, cujo conteúdo difere “dos costumes, da tradição e das necessidades dos destinatários da norma”¹⁷⁴, nessa perspectiva, a lei no Brasil não encontraria ressonância à real necessidade de sua edição ou mesmo ao que – inexoravelmente – impõe a realidade a respeito da qual se propõe balizar. É bem o que um dos mais ilustres abolicionistas, Joaquim Nabuco, chamou de *política silogística*: “uma pura arte de construção no vácuo. A base são teses, e não fatos; o material, idéias, e não homens; a situação, o mundo e não o país; os habitantes, as gerações futuras, e não as atuais” (sic)¹⁷⁵.

Nessa fiúza de ideias, a lei, sobretudo a copiada de países desenvolvidos e *avant la lettre*, de um ato de vontade legislativa (embora calcada em razão), seria alçada à condição de panaceia, curando todos os males. Eventual descumprimento seria remediado com outra lei que tornasse a primeira obrigatória, simplesmente. É o “nosso jurismo”, sarcasticamente constatado por Nestor Duarte:

Já ninguém hoje tem o direito, por exemplo, de pensar que o nosso constante apelo à lei escrita, a adoção de constituições perfeitas na forma e nas concepções políticas, como o emprego e imitação de práticas políticas de outros povos, seja uma prova de que já evoluímos bastante para atingir a esses estádios superiores da organização política. Ao contrário, o nosso jurismo, como o amor a concepções doutrinárias, com que modelamos nossas constituições e procuramos seguir as formas políticas adotadas, é bem a demonstração do esforço por construir com a lei, antes dos fatos, uma ordem política e uma vida pública que os costumes, a tradição e os antecedentes históricos não formaram, nem tiveram tempo de sedimentar e cristalizar¹⁷⁶.

Tobias Barreto, jurista oitocentista, criticava seus pares quanto à crença na viabilidade em se transplantar para o Brasil institutos ingleses, sobretudo os relativos à arquitetura da forma de governo: o parlamentarismo. Asseverava que "A simples

¹⁷³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 832. Um recorte atualizado sobre como os estamentos burocráticos e o patrimonialismo (ainda) imperam no Brasil é de (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 30-42). Desde as malsucedidas privatizações que sedimentaram o “capitalismo de laços” e, assim, marcaram a segunda metade da década de 90 à infames declarações de altas autoridades da República, no sentido de sugerirem ao Ministério Público a prévia análise curricular de quem se está acusando para, somente após, oferecer denúncia; o texto é rico em dados estatísticos e conta com a conhecida crítica ácida do jurista gaúcho.

¹⁷⁴ FAORO, *op. cit.*, p. 833.

¹⁷⁵ NABUCO, Joaquim. **Balmaceda**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2003. p. 34.

¹⁷⁶ DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política nacional**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1939. p. 221.

cópia de um princípio teórico em um artigo da Constituição não quer dizer que se tenha realizado idéia alguma” (sic), mas tão só a transposição de uma pura teoria “de um livro para outro livro”¹⁷⁷. Para demonstrar seu argumento, pontuava que o Poder Moderador concebido por Benjamin Constant, importado para o Brasil já na Constituição de 1824, tinha em seu motivo de ser a Restauração francesa. No mesmo sentido, o regime parlamentar inglês também carregaria particularidades sem par nestas bandas. Dizia mesmo que “O parlamentarismo é um produto da história: o constitucionalismo um produto do entendimento, da faculdade de criar conceitos, que não tendo base na experiência, são tão vazios e fúteis, como os produtos da imaginação”¹⁷⁸. Imagine-se como não reagiria o jurista de antanho diante do nosso atual sistema político, que, como vocalizou parcela derrotada dos constituintes de 1988, é “uma aberração, já que possuía um texto parlamentarista com uma cabeça presidencialista”¹⁷⁹. É bem o *Frankstein* político brasileiro, que sob a erudição de Sérgio Abranches foi cunhado de *presidencialismo de coalizão*¹⁸⁰.

A respeito das importações acríicas de institutos do Direito estrangeiro também teceu importantes considerações o autor de uma das obras seminais da sociologia brasileira, Sérgio Buarque de Holanda. Em *Raízes do Brasil*, conhecida por repisar a tese de Ribeiro Couto, para quem a idiossincrasia do brasileiro é a do “homem cordial”; Holanda denuncia a frequente importação de preceitos sem se atentar às peculiaridades locais. Aduz que trouxeram para cá normas de sistemas complexos e acabados “sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam”¹⁸¹. Seguindo a mesma tônica de Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda expõe o certo fetiche brasileiro pelo legalismo, visto como a salvaguarda de todas as mazelas, máxime se esse remédio *vier de fora*. Segundo

¹⁷⁷ BARRETO, Tobias. **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 97.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 108.

¹⁷⁹ AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 31.

¹⁸⁰ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. *passim*. Ao refletir que a esmagadora maioria dos textos jurídicos retrata o fenômeno do presidencialismo de coalizão em sentido único, como um mal, Paulo Ricardo Schier busca em elementos da teoria política elucidar que ele se trata, na verdade, de um eficiente instrumento democrático, que, inobstante os problemas e necessidades de aperfeiçoamento, carrega uma pecha de mal, sendo injustamente demonizado perante a academia jurídica. Pela sem clareza textual sem descurar a boa técnica, recomenda-se a leitura de SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017.

¹⁸¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 191.

o autor, “regulamentos de virtude provada” carregam junto ao imaginário social a crença segundo a qual “a letra morta pode influir por si só e de modo enérgico sobre o destino de um povo”, de modo que “a rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação parecem-nos constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social. Não conhecemos outro recurso”¹⁸². Aliás, o tal fetiche e a afirmação de que não são, própria e exclusivamente, as leis os únicos salvo-condutos para o desenvolvimento de um país é bem ilustrado no seguinte trecho:

Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos juristas, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações. Costumamos julgar, ao contrário, que os bons regulamentos e a obediência aos preceitos abstratos representam a floração ideal de uma apurada educação política, da alfabetização, da aquisição de hábitos civilizados e de outras condições igualmente excelentes. No que distinguimos dos ingleses, por exemplo, que não tendo uma Constituição escrita, regendo-se por um sistema de leis confuso e anacrônico, revelam, contudo, uma capacidade de disciplina espontânea sem rival em nenhum outro povo¹⁸³.

Na parte final do parágrafo, ao tecer considerações negativas sobre o sistema legal inglês, eis que sobressalta a aporia: conquanto, ao menos para Sérgio Buarque de Holanda, o Direito inglês seja “confuso e anacrônico”, e ainda que talvez o tenha descrito assim por artifício retórico, nota-se que o Brasil tem importado – sem aparentes entraves alfandegários – técnicas de julgamento típicas daquele país¹⁸⁴ e do seu filho de maior proeminência geopolítica, os Estados Unidos¹⁸⁵, países estes que estão sob o manto do *common law*, como esboçado noutras linhas.

Note-se que as ponderações negativas sobre uma desmesurada e acrítica importação de institutos jurídicos estrangeiros não fica adstrita a pensadores de

¹⁸² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 212.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 212.

¹⁸⁴ O termo “Direito inglês” deve ser lido em consideração à Inglaterra e, no limite, ao País de Gales, e não à união política conhecida como Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Como esclarece René David, “O direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha”. Cf. (DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. vii). Também nesse sentido, apontam Almeida e Carvalho que embora a Escócia faça parte do Reino Unido, ela é considerada um sistema jurídico híbrido, tendo recebido influências romano-germânicas e anglo-saxãs. Cf. CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle, posição 654.

¹⁸⁵ No últimos tempos e se referindo ao contexto latino-americano, afirma López Medina que o direito estadunidense tem sido mais influente do que o europeu como modelo de cópia: “*Éramos, em um princípio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas*”. Cf. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Bogotá: Legis, 2004. p. 13.

antanho, como até agora exposto. Contemporaneamente, Lenio Streck denuncia o pendor da doutrina nacional às posturas/teorias relativas à jurisprudência dos valores, o realismo jurídico norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Isso porque a doutrina em *terrae brasilis* não se ocupou de “olhar o novo com os olhos do novo”, ao tratar da nova Constituição de 1988, pródiga em direitos fundamentais e de forte manancial de direitos sociais. Afirma que nossa doutrina ficou estacionária no paradigma liberal-individualista herdada do Direito franco-germânico, de costas aos direitos de segunda e terceira dimensão. Não se admitindo vácuo teórico, “Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas”, o que, pela cariz voluntarista das assimiladas, escapou o Direito nacional de um objetivismo (que apostava na estrutura do Direito) para uma postura de perfil subjetivista, dando azo, ao seu turno, ao decisionismo judicial, potencialmente curável a boas doses de uma “hermenêutica preocupada com a democracia”¹⁸⁶.

Além de Lenio Streck, José Rodrigo Rodriguez, em passagem do seu *Como decidem as cortes?*, ao ponderar sobre o chamado “duplo grau de alienação” de Roberto Schwarz, sustenta que as ideias importadas dos colonizadores tinham sua razão de ser fixadas em ideologias próprias do lugar onde foram gestadas. Sem embargo disso, tais ideias mesmo na época de sua importação já passavam por intensas críticas. Todavia, esse processo de crítica, diz José Rodrigo Rodriguez, não atravessou o Atlântico, não por erro ou ignorância dos nossos pensadores, mas adrede. Este seria o primeiro grau de alienação, isto é, “importamos as ideias estrangeiras sem sua crítica, afirmando positivamente seu valor de face, a contrapelo do debate em solo original”¹⁸⁷. O segundo grau de alienação desdobra-se do primeiro e diz que essas ideias importadas assumiram funções diferentes em solo nacional, na medida em que a importação olvidou os limites e os pressupostos das categorias alienígenas. Dessa maneira, as ideias importadas e já “em funcionamento” no Brasil, pois enraizadas neste solo gentil que rendeu frutos exóticos (talvez jabuticabas), teriam de receber dúplice crítica:

O primeiro movimento é compreender seu funcionamento no local de origem e examinar o enraizamento em solo nacional, identificando a originalidade da função que exercem [...] Num segundo movimento, é preciso tomar as ideias

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 83-84.

¹⁸⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 36.

como elas realmente são aqui e, a partir dos potenciais emancipatórios inscritos no real, proceder a sua crítica, com tal ajuste de foco¹⁸⁸.

Não iremos tão longe, posto que a temática do trabalho não foca o Direito Comparado ou propriamente o exame entre sistemas jurídicos. Apenas para arrematar a crítica sobre as importações de instituições jurídicas, para Andrei Koerner, o bom traslado demandaria a observância de um sem-par de fatores, sob pena de incongruência¹⁸⁹. Entre eles, considerações sobre a ordem normativa constitucional, as instituições judiciais, a tradição jurídica, a história, as identidades não só dos agentes mas a dos próprios juízes. Sua inquietação, temperada com personalidades históricas, vem no seguinte tom:

Para dar um exemplo, qual o sentido do originalismo para nós? Seria buscar o sentido visado pelos pais fundadores da comunidade política (*polity*) chamada Brasil, ou seja, os pais da independência? Seria a intenção dos fundadores da comunidade política *republicana e federalista*, ruptura fundamental na nossa história política? Ou seja, Campos Salles, Rui Barbosa, Rodrigues Alves, mas também Benjamin Constant, Quintino Bocaiuva, Silva Jardim. Seriam os de outra ruptura revolucionária no campo político, a de trinta? Seria a dos fundadores da nova República, dos Constituintes de 1988 ou dos <<reconstituintes>> de 1990 a 1995?¹⁹⁰

Retomando a linha de pensamento sobre a matriz jurídica nacional e sem esquecer que a colonização transportou o Direito europeu para Américas, tendo o Brasil sido colônia portuguesa¹⁹¹, por aqui as Ordenações Afonsinas, embora admita-se que tenham sofrido certa adaptação¹⁹², logo foram implementadas. Sob o signo da

¹⁸⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 36-37.

¹⁸⁹ KOERNER, Andrei, A análise política do direito, do judiciário e da doutrina jurídica. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹⁹¹ Nesse sentido, importante notar que “Nenhum Estado nasce com uma roupagem jurídica inteiramente nova. A emancipação apenas se verifica gradualmente, com o decurso de tempo. Ainda assim, as amarras primígenas persistem. Os novos países tendem a ser mais respeitadores das tradições jurídicas do que, às vezes, as velhas metrópoles, cegas pelos clarões cintilantes de uma atraente modernidade jurídica. Daí as importações que não vingam por serem semeadas num terreno jurídico culturalmente hostil”. Cf. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição Kindle, posição 1410-1415.

¹⁹² “Os centros normativos conviviam num jogo permanente de clarões e sombras. Ao lado dos costumes gerais chegados do Reino, juntavam-se os elementos consuetudinários autóctones resistentes a investidas aculturadoras. Às Ordenações régias acresciam as torrentes das leis extravagantes dirigidas ao Brasil em tipologia diversa. Os alvitres do direito romano e as teses de direito canônico começavam a espreitar, cada vez com maior assiduidade. Enfim, um mosaico normativo em que nos achamos diante de um sistema jurídico que, longe de ser um direito de estirpe única, se afirmava como um direito plural”. *Ibid.*, posição 1572-1577.

tradição romano-germânica, em que, como dito, a lei é a pedra de toque do processo decisório, se espraiou pelo Brasil Colônia o *civil law*. É dessa forma, então, que se pode afirmar que o Direito brasileiro é, em sua gênese, legicêntrico¹⁹³.

Entretanto, como assinalado, o país vem francamente introjetando em seu ordenamento jurídico mecanismos típicos do *common law*, entre os quais destacamos as súmulas vinculantes¹⁹⁴ e os procedimentos uniformizadores da jurisprudência, de modo a caminhar a passos largos para um sistema híbrido. Nos lindes da jurisdição constitucional, para se ter uma ideia, ainda que “a fonte última de legitimidade é a tradição jurídica do direito romano germânico”, é inescapável a consideração de que ela “transita pelas duas tradições”¹⁹⁵.

Concorrentemente a estas questões – embora alongar-se neste campo específico exigiria, talvez, uma pesquisa com objeto próprio – há a problemática em torno da racionalidade da decisão jurisdicional. Isto é, diante da introdução de novas *ferramentas* decisórias ao ordenamento pátrio, a teoria da decisão deveria também conceber um novo modelo-padrão de racionalidade? Ora, como defende José Rodrigo Rodriguez, um certo senso comum teórico tende a afirmar que nosso modelo de racionalidade jurídica é formalista, que tem na subsunção o critério basal e orientador para a decisão. No entanto, diante da plêiade de princípios e normas abertas em nosso ordenamento, sobretudo na Constituição, afirma o autor a dificuldade de sustentar a descrição do Direito brasileiro como puramente formalista. Para ele, “Não é razoável dizer que, no Brasil, haja a prevalência de normas fechadas, as quais favoreceriam um modelo mecânico de aplicação das normas”¹⁹⁶. Ainda, pontuando a necessidade de maiores pesquisas sobre a temática, diz que “há falta de pesquisas

¹⁹³ Enfatizando que a família romano-germânica é também chamada de *civil law system*, Gilissen afirma que pertencem a esse grupo, “[...] os direitos italiano, espanhol, português e grego, no sul da Europa; e os direitos alemão, austríaco, suíço, belga, holandês, dinamarquês, sueco, finlandês, norueguês e escocês, no centro e norte da Europa. O sistema de direito romanista impôs-se fora da Europa nos países que foram colonizados por países da Europa continental: países da América Latina, Luisiana (nos U.S.A.), Canadá francês (Québec), países africanos colonizados pela França, pela Bélgica ou por Portugal, África do Sul, etc.”. Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 20.

¹⁹⁴ Embora as súmulas vinculantes sejam *sui generis*, isto é, um instituto “que desconhece similar no direito comparado” (CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135) a ideia aqui é encará-las sob seu aspecto funcional, isto é – e falando de modo bem direto – um *judge made law*.

¹⁹⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 249.

¹⁹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 164.

empíricas sobre o tema e as que existem apontam para pouca importância da fundamentação como instância de controle do poder em nosso país”¹⁹⁷.

Para não perder a linha expositiva, o próximo capítulo se ocupará em esquadrihar os *critérios* utilizados na importação dos institutos do *common law*, aqui ingressos pelo CPC de 2015, notadamente os que criaram ou sublimaram um sistema precedentalista aos moldes do *judge-made law*.

¹⁹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

3 PROJETO DE LEI DO SENADO 166/10: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Feito o caminho histórico do Direito ocidental, sob os moldes estruturantes da Grécia Clássica e a organização legada pela Civilização Romana, chegou-se às tradições do *common law* e do *civil law*, a respeito das quais expôs-se suas principais características, ao cabo de um quadro comparativo entre elas. Finalmente, o capítulo anterior se ocupou da herança brasileira enquanto matriz jurídica, isto é, do caráter romano-germânico que a colonização lusitana imprimiu por aqui, já catapultando o trabalho para a problemática em torno da incorporação de institutos legais de cariz anglo-saxônica.

Veza que o estudo se propõe à análise e problematização dos critérios considerados pelos legisladores ao importarem institutos do *common law* ao contexto brasileiro, além das eventuais tensões institucionais disso decorrentes, o capítulo se ocupará do Projeto de Lei do Senado n. 166/10 (na Câmara, PL n. 8.046/10) o qual, dito *ad nauseam*, culminou com o Código de Processo Civil de 2015, legislação que teria institucionalizado o famigerado sistema de precedentes¹⁹⁸ em nosso ordenamento jurídico.

Evidentemente, lugar-comum de toda pesquisa científica está na preambular necessidade de aclarar as premissas e descortinar os conceitos, os quais, como uma estrada bem pavimentada e sinalizada, permitirão que a pesquisa trafegue irrepreensivelmente ao seu destino. Neste estudo, um caminho importante é a compreensão da *mens legislatoris*, a tal intenção do legislador. Alcançado tal entendimento e por considerá-lo aos fins deste estudo uma via principal, adverte-se que a viagem demanda o tráfego por outras estradas que, embora colaterais (e até vicinais), também revelam pertinência ao tema. Para além de compreender o conceito

¹⁹⁸ Embora a prática dos enunciados sumulares há muito utilizada pelas cortes nacionais e mesmo as Súmulas Vinculantes, que inquestionavelmente atribuíram ao Judiciário, por seu órgão de cúpula, certa competência para legislar de forma positiva e para situações futuras; até o advento do Código de Processo Civil de 2015 não se falava na existência de um *sistema de precedentes* no ordenamento jurídico brasileiro (mesmo após o advento do CPC 2015, aliás, há quem ainda ponha na berlinda a real existência/consolidação de um). Com efeito, falando de 2013, Rodriguez afirma que “O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias cortes, como exemplares de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 224.

de *mens legislatoris*, aqui também será o espaço para a sua crítica, enquanto suposto instrumento hermenêutico que permite esquadrihar a “vontade do legislador”.

Feito o prolegômeno, siga-se o itinerário.

3.1 *Mens legislatoris*: é possível esquadrihar o querer do legislador?

Chegando ao tópico da *mens legislatoris*, por mero raciocínio dedutivo percebe-se que há irrefragável crítica doutrinária sobre o tema, especialmente quando alçado à ferramenta interpretativa, um método para a aplicação do Direito. No entanto, recorde-se que o objeto da pesquisa é antes as questões seminais, os aspectos legislativos da criação da norma do que os aspectos jurisdicionais, que, numa analogia topográfica, estariam na extremidade oposta, no momento de aplicação do Direito. Assim, os óculos deste trabalho miram, acima de tudo, a intenção do legislador e os critérios de que teria se valido para os transplantes de institutos do *common law* para o contexto brasileiro e não – ou em grau assaz inferior – à atividade *aposteriorística* que é a aplicação do Direito, a jurisdição. Trata-se, portanto, da busca pelo que justifica (ou motiva) as mudanças promovidas no Código de Processo Civil, fazendo uma reconstrução hermenêutica – que atribui sentido – aos acontecimentos.

Retomando o fio da meada, vem a bom momento a reflexão de um dos principais filósofos contratualistas, Jean-Jacques Rousseau, para quem

Aquele que produz a lei sabe melhor que ninguém como deverá ela ser aplicada e interpretada. Parece, então, que não poderia haver melhor constituição do que aquela em que o poder executivo estivesse associado ao legislativo. Mas é precisamente isso que torna o governo insuficiente em determinados aspectos, porque as coisas que devem ser distinguidas não o são, porque o Príncipe e o Soberano, não sendo senão a mesma pessoa, formam, por assim dizer, tão-só um governo sem governo. Não é bom que aquele que produz as leis as ponha em execução, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos pontos de vista gerais para fixá-la em objetivos particulares¹⁹⁹.

À primeira vista, quem melhor que o legislador para dizer a que vem o produto do seu trabalho: a lei. No entanto (e Jean-Jacques Rousseau o reconhece), a aplicação e a interpretação da lei diretamente por aquele que a concebeu inviabilizaria o governo. Para ele, então, não é aconselhável que seja assim.

¹⁹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 60.

Sem anacronismos sobre o escrito *rousseauiano*, de 1762, quando o iluminismo tentava estabelecer a racionalidade como paradigma humano, é bom se ter em mente, como sustenta Carlos Maximiliano, que antigamente a assimilação da vontade do legislador era tarefa mais simples, ou até mesmo possível. Veja-se:

Na verdade (seja qual for a orientação filosófica do jurista), não deixará ele de reconhecer ter sido menos difícil outrora aprender a *intenção* do legislador, quando este era um monarca absoluto. Contudo, já naquele tempo se contestava que simples trechos de um diário, notas pessoais, pudessem esclarecer o *pensamento* objetivado no texto. Em todo caso, em exposição de motivos antepostas aos repositórios de normas positivas, em leis posteriores ou simples soluções de consultas formuladas pelos juízes, o soberano explicava o seu próprio dizer²⁰⁰.

Com efeito, a prática jurídica de outrora é consideravelmente tributária à *intenção do legislador*, sobretudo quando a tônica é a interpretação das normas, isto é, a hermenêutica. Tome-se o caso considerado a “semente do que hoje se conhece por controle judicial de constitucionalidade”²⁰¹: O *Doctor Bonham’s Case*.

Em suma, Dr. Bonham era um médico graduado pela Universidade de Cambridge e em 1606 foi preso por ordem do *Royal College of Physicians*, acusado de prática irregular da medicina. O conselho classista exercia poderes por expressa delegação do Rei, em *statutes* confirmados pelo Parlamento, que restringiam a prática da medicina em Londres só aos que tivessem autorização para tal. Dr. Bonham se recusava a obter a licença do *College*. Sendo graduado por uma das mais antigas universidades da Inglaterra, alegava não precisar da autorização de um conselho privado para clinicar, sustentando ser inválida a ação do *Royal College* e que a prisão era abusiva (*false imprisonment*). O caso chegou à *Court of Common Pleas*, presidida pelo (*Chief Justice*) Sir Edward Coke, que julgou favoravelmente o pedido de Dr. Bonham, tecendo uma série de argumentos. Cinco deles são de elevada importância ao caso (e objeto de vasta literatura ulterior), mas um em particular reflete um princípio do *common law* encerrando a ideia de um Poder anular ato de outro, no caso, do Judiciário exercer controle sobre o Parlamento. Todavia, ao que importa neste contexto é que Sir Coke, antes de apresentar os tais argumentos, deixou muito bem claro que “Every statute ought to be expounded according to the intent of them that

²⁰⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 21.

²⁰¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

made it”²⁰², isto é: “Todo estatuto deve ser exposto de acordo com a intenção daqueles que o fizeram”, nada mais que perseguir a vontade do legislador.

Nesse caminho, outro *case* ilustrativo é o *Riggs vs. Palmer*²⁰³, julgado em 1889. Em 1882, em Nova York, Elmer Palmer assassinou por envenenamento o avô, Albert Palmer, temendo ser preterido do testamento que lhe beneficiava, uma vez que o velho contraíra novo casamento. A questão nevrálgica do *case* era saber se o causador da morte do testador poderia haver o que este lhe legara em testamento. A ação foi movida pelas filhas de Albert, que reivindicavam a exclusão de Elmer do testamento, condenado a alguns anos de prisão. Aos dias de hoje e sob o nosso arcabouço jurídico, a questão muito provavelmente não ganharia contornos de um *hard case*²⁰⁴. Contudo, como acentua Ronald Dworkin, “A lei de sucessões de Nova York, como muitas outras em vigor naquela época, não afirmava nada explicitamente sobre se uma pessoa citada em um testamento poderia ou não herdar, segundo seus termos, se houvesse assassinado o testador”²⁰⁵. Justamente essa lacuna legal foi evocada pelo advogado de Elmer, sustentando a não infringência de qualquer cláusula explícita da lei, e que sendo o testamento válido e se encontrando Elmer como beneficiário dele, não poderia ser excluído. Mais, argumentou que se o tribunal excluísse Elmer do testamento, estaria alterando as disposições derradeiras do testador, “substituindo o direito por suas próprias convicções morais”²⁰⁶. Os juízes que apreciaram a causa não divergiam quanto ao sentido da lei (ou sua incompletude), mas à natureza do Direito em questão, bem como a forma de solução que deveriam dar. Ao fim, o tribunal decidiu que Albert Palmer não poderia se beneficiar da herança de seu avô, pois dessa forma estaria sendo beneficiado por erro próprio (ou pela própria torpeza). Fato notável é que, em divergência ao juiz Gray, que em seu voto

²⁰² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46-48.

²⁰³ NEW YORK. Court of Appeals of the State of New York. **Riggs vs. Palmer**, 115. Nova York, 22 N.E. 188. New York, Oct. 8, 1889.

²⁰⁴ Veja-se a recentíssima alteração no Código Civil promovido pela Lei 14.661 de 23, de agosto de 2023, que incluiu o artigo 1.815-A dispondo que: “Em qualquer dos casos de indignidade previstos no art. 1.814, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente da sentença prevista no caput do art. 1.815 deste Código.” BRASIL. **Lei nº 14.661, de 23 de agosto de 2023**. Acrescenta art. 1.815-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar, nos casos de indignidade, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a exclusão imediata do herdeiro ou legatário indigno. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14661.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 21.

²⁰⁶ *Ibid.*

utilizou o que hoje considera-se uma *interpretação literal*, o juiz Earl argumentou que o caso demandava a análise das *intenções do legislador*. Como aponta Ronald Dworkin, consignou o magistrado, então, que “algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contido na própria letra; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei somente faça parte da lei, se estiver presente na intenção de seus criadores”²⁰⁷.

Para não ficar limitado aos *cases*, note-se que a antiga doutrina também se mostrava ciosa por uma compreensão *originalista*, segundo a qual a atividade dos juízes não é bem a de criar o Direito mas interpretar os anseios do legislador, especificamente contemporâneos à edição da norma²⁰⁸. Uma homenagem, sobretudo, à estrita “separação constitucional dos poderes legislativo e judicial”²⁰⁹. Nesse sentido, Sir William Blackstone em seu celebrado *Commentaries of the laws of England* (1765 – 1768)²¹⁰ sustentava que “O método mais justo e racional para interpretar a vontade do legislador é explorar suas intenções no momento em que a lei foi feita, por *sinais* mais naturais e prováveis” (tradução nossa)²¹¹. Estes tais *sinais* seriam, como expõe Georges Abboud, “as palavras, o contexto, o assunto, os efeitos e consequências, ou

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 23.

²⁰⁸ Esse *volksgeist* ao tempo da edição da norma é doutrinariamente chamado de *occasio legis*, temática cuja grandeza demandaria texto próprio. Sobre a *mens legislatoris*, O caminho para examiná-la mostra como é, de fato, uma técnica que se não ultrapassada, deve ser tomada sob inúmeras ressalvas. É assim emblemática a crítica de Rogério Arantes e Cláudio Couto em artigo que relaciona governabilidade com o constante emendamento constitucional. Tomando o caso do direito de portar armas de fogo nos EUA, esclarecem que “Quando aquele direito é instituído no final do século XVIII, ele está ligado ao direito de rebelião. Esse era o seu fundamento. Os indivíduos tinham o direito de portar armas para eventualmente se defender da tirania do Estado. Já em pleno século XXI, embora muita gente recorra àquele argumento para manter o direito de portar armas, podemos dizer que essa norma se tornou fundamentalmente um problema de segurança pública. Um problema muito mais de política pública do que um problema fundamental vinculado à questão da soberania popular e ao direito de rebelião. [...] Se estivéssemos analisando a chance de essa norma ser emendado no final do século XVIII ou XIX, diríamos ser baixíssima”. ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G., Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205.

²⁰⁹ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 34.

²¹⁰ Como afirma John Gilissen, sobre a influência do *Commentaries*: “[...] foi considerável em Inglaterra e sobretudo nos Estados Unidos; a obra apresentava uma análise do *common law* que ele procura consolidar mostrando os seus princípios gerais e o carácter conforme à razão, no estilo próprio do século XVIII; Blackstone escreveu a sua obra em inglês, numa linguagem elegante, compreensível por todos, enquanto os seus predecessores tinham, durante séculos, utilizado o latim ou o *Law French* que se tinha tornado um jargão muito complicado”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 213.

²¹¹ No original: “The fairest and most rational method to interpret the will of the legislator, is by exploring his intentions at the time when the law was made, by *signs*, by the most natural and probable”. BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. New Yourk: Oxford University Press, 2016. Liv. 1: of the rights of persons. p. 45-46.

o espírito e o motivo da lei”²¹². Todavia, é preciso registrar que o *originalismo* não escapa às críticas. Entre outros, registre-se a acerba que vem da pena de José Afonso da Silva, para quem “A compreensão não pode ser entendida como mera reprodução do processo de criação da constituição, pois isso levaria ao *originalismo*. [...] Diga-se, desde logo, que não é esse o modo correto de se chegar ao sentido da constituição”²¹³. Para ele, ainda:

A interpretação é diálogo, sim; mas é diálogo não com os autores da constituição, mas diálogo com o texto criado e vigente, na busca da sua intencionalidade normativa.

Para o originalismo qualquer interpretação constitucional que se aparte da intenção dos autores da constituição se revela como uma usurpação de poder. Nessa perspectiva, somente caberá ao intérprete perquirir e revelar a intenção original do constituinte. Pois não é aceitável a ideia de que a hermenêutica tem por objetivo captar o pensamento dos autores da constituição. A vontade do constituinte - de resto, de difícil captação - não tem relevância no processo interpretativo²¹⁴.

Antes de avançar, que me seja franqueado divagar sobre o tema *interpretação*, acima correlacionado na crítica sobre o originalismo, porque em grande medida isso está relacionado à adequada compreensão do que se pretende com a reconstrução das alterações propostas em relação ao Código de Processo Civil. Sob essa perspectiva, José Afonso da Silva põe dois questionamentos fundamentais: qual seria a serventia da interpretação; e o que se busca no exercício interpretativo, pondo em questão se há algum objeto a encontrar. Neste fio, repristinando a ideia de que existem correntes que buscam na função interpretativa a intenção do legislador ordinário ou constituinte, em se tratando de interpretação de lei ou da constituição, o autor traz passagem de Umberto Eco que de certa forma rompe o paradigma dual “intenção do autor/intenção do intérprete” e inscreve uma terceira intenção: a do próprio texto²¹⁵. Na obra *Interpretação e superinterpretação*, o semiólogo italiano consigna que

entre a intenção do autor (muito difícil de descobrir e frequentemente irrelevante para a interpretação de texto) e a intenção do intérprete que (para citar Richard Rorty) simplesmente ‘desbasta o texto até chegar a uma forma que seria a seu propósito’, existe uma terceira possibilidade. Existe a *intenção*

²¹² ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 34.

²¹³ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 863-864.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*, p. 748.

do texto²¹⁶.

Em outra obra (*Os limites da interpretação*), todavia, é que Umberto Eco esmiuça os três tipos de intenção dos textos. Segundo ele, a questão interpretativa se opera sob a tricotomia oposicionista que de um lado reflete a *intentio auctoris* (intenção do autor), a *intentio lectoris* (intenção do leitor, intérprete) e a *intentio operis* (intenção da obra, do texto)²¹⁷. Embora a oposição, as intenções interferem-se mutuamente, em especial a da obra com a do leitor: “O fato mesmo de que se tenha colocado a construção do objeto textual sob o signo da conjectura por parte do intérprete mostra como intenção da obra e intenção do leitor estão estreitamente ligadas”²¹⁸. Por outro lado, afirma Umberto Eco sobre a necessidade de se distinguir *uso* textual de *interpretação*²¹⁹, pormenores estes, entretanto, que carecem de espaço para serem tratados aqui, ficando apenas sua menção pela curiosidade que o tema desperta.

Para arrematar a linha argumentativa sobre o pendor da antiga doutrina, que punha em privilégio a intenção do legislador quando da função jurisdicional – embora não venha claramente sob essa finalidade –, tome-se o *clear mistake rule*, proposto por James B. Thayer e utilizado por Alexander Bickel no contexto da defesa da prática do *judicial review*, inaugurado nos primeiros anos de república dos Estados Unidos com o famoso caso *Madison v. Marbury*^{220,221}. Para situar brevemente o que se passava, a então recente instituição do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (*judicial review*) despertou certa comichão entre os teóricos quanto ao dilema contramajoritário que permite, colocando em apertados termos, que “juízes não eleitos democraticamente pelo povo pudessem invalidar as leis editadas pelos órgãos

²¹⁶ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

²¹⁷ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição Kindle, posição 669.

²¹⁸ *Ibid.*, posição 927-937.

²¹⁹ Como deixa claro na passagem: “Defender a interpretação do texto contra o uso dele não significa que os textos não possam ser usados. Mas o livre uso deles nada tem a ver com sua interpretação, visto que a interpretação e uso sempre pressupõe uma referência ao texto-fonte, quando mais não seja, como pretexto”. *Ibid.*, posição 927-937.

²²⁰ UNITED STATES. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 1 Ranch 137 (1803). [S. I.], Feb. 24, 1803.

²²¹ Ao menos em âmbito federal, é o *case* pioneiro. Como diz Sérgio A. F. Victor, “Nos primeiros anos da República, o *judicial review* começou a ser praticado muito modestamente e sempre atendo-se ao direito estadual. A importância dos artigos federalistas revelou-se mais no período posterior à ratificação da Constituição do que durante as convenções. Dois desses artigos, ambos escritos por Alexander Hamilton, mostraram-se essenciais à construção do raciocínio do *Chief Justice* John Marshall na decisão do célebre caso *Marbury v. Madison*, tido como o marco inicial do exercício do *judicial review* sobre a legislação federal”. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81.

eleitos pela população para governar o país”²²²⁻²²³. Tal situação de o Poder Judiciário impor freios a outro, imprimiria, segundo as críticas da época, irrefragável desconfiança à atuação dos demais Poderes, em particular o Legislativo, o que levaria a “enfraquecer a cultura e o processo democráticos”²²⁴. Assim, ao lamentar a banalização do *judicial review*, propunha James B. Thayer uma autocontenção das Cortes (*self-restraint*), significando que os juízes deveriam ser bastante deferentes às razões vindicadas pelos demais Poderes, evitando ao máximo possíveis invasões em competências alheias. Como o próprio nome permite vislumbrar (“regra do erro claro”), só se poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei se ela fosse *claramente* inconstitucional²²⁵. Assim, na defesa de que o *judicial review* não enfraqueceria a democracia, Bickel aduz que o *clear mistake rule* tornaria os juízes da Suprema Corte mais *prudentes* no mister revisional ao levarem em alta conta os pontos de vista das demais partes e autoridades, sem olvidar a complexidade dos assuntos públicos, medindo, com extrema cautela, sua intervenção na ordem pública²²⁶.

Embora vista a questão sob as lentes do passado, contemporaneamente e no contexto nacional é interessante notar que a *intenção do legislador* pode se tornar o alvo sobre o qual grupos reivindicatórios miram para fazer valer sua pauta de direitos. É o que denota pesquisa de 2007 reportada por José Rodrigo Rodriguez sobre a “estratégia levada adiante pelo movimento negro para que o racismo fosse reconhecido pelo direito”²²⁷. Num primeiro momento, diz o autor que em nome de um imaginário formalista estritamente elado à concepção tradicional de separação de poderes, o esforço do movimento ficou centrado em aprovar leis sobre a matéria, sem, por outro lado, exercer pressão sobre o Judiciário para que a temática fosse explorada

²²² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade:** debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100.

²²³ Exornando didatismo pela simplicidade, ao dizer o porquê da função contramajoritária do Judiciário, Daniel Wei Liang Wang se ancora no ensino de John Rawls: “A maioria pode estar errada, seja por falta de conhecimento ou por visão parcial e preconceituosa. Essa é a razão de existência de sistemas de controle das decisões majoritárias, cujo exemplo mais conhecido é o controle por Cortes Constitucionais, que possuem, dentro da teoria de Rawls, função de proteção dos direitos e liberdades individuais”. WANG, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um Estado democrático de direito. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia:** aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 242.

²²⁴ VICTOR, *op. cit.*, p. 106.

²²⁵ THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the American doctrine of constitutional law.** Boston: Little, Brown and Company, 1893. p. 1-34.

²²⁶ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 41.

²²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 143.

dentro do campo da interpretação das leis já existentes. Nas suas palavras: “Ao que tudo indica, o objetivo central deste movimento social é lutar pela criação de leis e exigir que o judiciário as aplique de forma estrita para não frustrar a vontade do legislador”²²⁸. Curioso reparar que tal estratégia difere diametralmente da adotada por grupos de negros no contexto estadunidense, que, dando azo ao que se conhece por ativismo judicial naquelas bandas, obtiveram “resultados muito mais expressivos em termos de mudanças de políticas públicas via Poder Judiciário”²²⁹. Sob esse enfoque, recorde-se a recente equiparação da figura penal da injúria racial com o crime de racismo promovida pelo STF²³⁰. Gerou polêmica na comunidade jurídica por, entre outras razões, representar um agravamento penal embora se tratasse da mesma conduta. Afinal, observada a régua histórica, originariamente, era crime de ação privada, sendo apenada com um a seis meses de detenção, podendo ser substituída por multa²³¹. Em 1997, com a Lei n. 9.459, a pena muda para reclusão de um a três anos, além da multa²³². Em 2009, com a Lei n. 12.033, muda-se a condição de procedibilidade da ação, passando a ser condicionada à representação do ofendido²³³. Finalmente, com a decisão da Suprema Corte, chega-se à mencionada equiparação ao crime de racismo, cuja ojeriza e necessidade de combate, frise-se, levou o constituinte a imprimi-lo na Carta de 1988 sob os selos de *imprescritível, inafiançável*

²²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 143.

²²⁹ *Ibid.*, p. 143-144.

²³⁰ Trata-se do *Habeas corpus* 154.248, Pleno, j. 28.10.2021, rel. Min. Edson Fachin, DJe 17.11.2021, em que figurou como *amicus curie* o MNU – Movimento Negro Unificado (organização de luta e libertação do povo negro). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 154248**. Paciente: Luiza Maria da Silva. Impetrante: Jose Gomes de Matos Filho (05137/df) e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Amicus Curiae: MNU - Movimento Negro Unificado - Organização de Luta e Libertação do Povo Negro. Relator: Min. Edson Fachin. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 18 mar. 2024.

²³¹ “Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa” e “Art. 145 – Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quanto, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal”. BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

²³² BRASIL, **Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm#art140%C2%A73. Acesso em: 31 ago. 2023.

²³³ BRASIL, **Lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009**. Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12033.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

e sujeito à pena de reclusão²³⁴. Muito recentemente, o Poder Legislativo “assentou a pá de cal” na situação com a edição da Lei n. 14.532/23²³⁵, que, alterando dispositivos da Lei n. 7.716/89, tipificou como crime de racismo a injúria racial, indo ao encontro da equiparação penal formulada pelo STF. Um típico caso de diálogo institucional, tema sobre o qual se discorrerá a frente.

A despeito de tudo quanto exposto, fuja-se da ingenuidade (ou falácia) de crer ser possível o exame sobre a efetiva vontade do legislador. Quanto menos, olhar tal ímpeto com um saudável ceticismo científico, uma vez que é abissal a complexidade que circunscreve o processo legislativo, cujas sessões plenárias, não raro, se assemelham a uma barafunda. Efetivamente, são tantos os elementos em influência recíproca que cogitar-se a *intenção do legislador* (no singular) não escapa de uma crítica ao reducionismo, na medida em que a pergunta imediata e inevitável é: *de qual legislador estamos falando?* Note-se que a crítica não se limita apenas ao aspecto pessoal (*quem*), isto é, se se trata de um agente político específico ou de uma bancada parlamentar; mas também do aspecto temporal (*quando*), na medida em que um projeto lei, não raro, tramita por mais de uma legislatura. Isso tudo sem falar que o processo legislativo possui caráter dinâmico, de modo que “É absolutamente verdadeiro e um fato fundamental da história [...] que o resultado final da ação, de modo geral [...] tem uma relação totalmente inadequada, em geral completamente paradoxal, com seu sentido original”²³⁶, isto é, um projeto de lei pode muito bem iniciar sob uma intenção e findar aprovado sob outra.

Nesse sentido, então, falar-se em “desejo de maiorias” é tendencialmente impreciso ao se perceber, como sustenta Carlos Maximiliano, que as leis são muitas vezes o produto de esforços de uma *elite* intelectual, de *leaders* congressistas que presidem as comissões e por aí adiante. Para sustentar essas incongruências, aduz o jurista, com sua notável argúcia que (o trecho é longo, mas a sua transcrição integral é imprescindível para os propósitos deste trabalho):

²³⁴ Conforme artigo 5º, XLII. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

²³⁵ BRASIL, **Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art2. Acesso em: 31 ago. 2023.

²³⁶ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020. p. 90.

Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta difrações de ideias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando um objetivo particular a que a mesma se presta; há acordo aparente, resultado de profundas contradições. Bastas vezes a *redação final* resulta imprecisa, ambígua, revelando-se o produto da inelutável necessidade de transigir com exigências pequeninas a fim de conseguir a passagem da ideia principal.

Se descerem a exumar o *pensamento* do legislador, perder-se-ão em um bártro de dúvidas maiores ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expandido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; uma indisposição individual, sobretudo um *leader* de câmara ou relator de Comissão Permanente; mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a *intenção* predominante, a diretriz real da vontade da maioria.

Quantas vezes um simples artigo de jornal influi mais nas deliberações de um Congresso do que orações parlamentares!

O projeto peregrina pelos dois ramos do Poder Legislativo, em marchas e contramarchas, recebendo retoques de toda ordem, a ponto de o renegar afinal, espantado pelo aspecto definitivo da própria obra, o autor primitivo da medida. Como descobrir, naquele labirinto de ideias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?

Afinal o Executivo sanciona, sem dar as razões do seu ato: talvez entre estas figurem o cansaço de vetar proposições más (o que faz tolerar as menos nocivas, a fim de não melindrar com demasiada frequência os representantes do povo); uma transação política, o receio de provocar desordens, a ânsia de fortalecer a receita ou diminuir a despesa, e mil outras eventualidades, que não me influíram no propósito dos deputados e senadores.

A vontade do legislador não será da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem pouco se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal: por exemplo, abaixar, ou elevar um imposto, cominar, ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, perguntam do que se trata, ou acompanham, indiferentes, os *leaders*, que por sua vez prestigiam apenas o voto de determinados membros da Comissão Permanente que emitiu parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade, do legislador é a da minoria; talvez de uma *elite* intelectual, todos competentes, que figuram nas assembleias políticas em menor número sempre, *rari nantes in gurgite vasto*. Por outro lado, não só é difícil determinar aquela intenção volitiva, como, também, distingui-la do *sentido* da lei, ou ao menos mostrar quanto influi no significado de uma norma jurídica e como fora impelida pelos motivos geradores de um texto positivo²³⁷.

Dessa maneira, à luz dos argumentos de Carlos Maximiliano e considerando o processo legislativo e tudo o que a ele circunscreve como sendo uma mútua interação

²³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 21-22.

de componentes autônomos, organizados de forma assimétrica²³⁸, é escusável falar da possibilidade de se averiguar, de forma pura e genuína, a tal vontade do legislador, a *mens legislatoris*, o que, por outro lado, não impede de examinar a questão ainda que sob contornos gerais, na linha da argumentação desenvolvida por Ronald Dworkin: como uma questão de princípio, isto é, como aquilo que justifica a existência de eventual propositura legislativa. Tal será a tarefa de tópico vindouro, isto é, abordar o Projeto de Lei do Senado 166/10.

Por ora, no entanto, a pesquisa voltará olhos para a compreensão e até mesmo um cotejo comparativo entre as racionalidades que circunscrevem a decisão judicial e a atividade legislativa.

3.2 A racionalidade judicial e a racionalidade legislativa: elementos subjacentes das decisões judiciais e do processo legislativo

Criticada a *mens legislatoris*, especialmente ao considerá-la uma metodologia que, como um funil epistemológico, busca condensar um sem-par de elementos e variáveis numa única *intenção do legislador* (ainda que não se diga explicitamente assim), por ora, cumpre esclarecer que ser inquinada a uma falácia, à ingenuidade acadêmica ou mesmo a uma atividade hercúlea, não afasta, absolutamente, o interesse da pesquisa. Ainda que se assemelhe à metáfora do sujeito que, luz nas costas, persiga sem sucesso a própria sombra, a busca pelos critérios que subjazem e entremeiam o processo legislativo é importante na medida em que se torna condição de possibilidade para compreender a mútua interação dos dois grandes entes: Direito e Política. Num (ab)uso poético, a interação entre a Razão e o Poder.

Nesse norte, recordemos que o Projeto de Lei do Senado 166/10 e o PL 8.046/10 resultaram no Código de Processo Civil de 2015, que, se não instituiu de

²³⁸ É bem o conceito que Mitchell Waldrop se utiliza para definir um *sistema complexo*, que embora comumente atrelado às ciências naturais, é tranquilamente transportado para as ciências humanas. Sustentou: “[...] a system that is complex, in the sense that a great many independent agents are interacting with each other in a great many ways. Think of the quadrillions of chemically reacting proteins, lipids, and nucleic acids that make up a living cell, or the billions of interconnected neurons that make up the brain, or the millions of mutually interdependent individuals who make up a human Society”. (WALDROP, Mitchell M. **Complexity: the emerging Science at the edge of order and chaos**. New York: Open Road Integrated Media, 2019. p. 10). Nesse sentido, bem afirma Manuel Atienza: “[...] a legislação pode ser vista como um processo complexo no qual várias fases podem ser identificadas”. ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 118.

forma pioneira, positivou a *observância*²³⁹ aos precedentes em matéria de decisão judicial. Essa tal atenção à cultura dos precedentes (*stare decisis*), como vimos, trata-se de uma importação de elementos institucionais típicos da tradição jurídica do *common law*, indicando uma guinada paradigmática no ordenamento jurídico brasileiro aos rumos da tradição anglo-saxônica. Se, como visto, não se considera uma mudança total, quanto menos, fala-se numa hibridização.

Espera-se, à essa altura da pesquisa, que tal raciocínio já tenha ficado bem claro, embora não tão condensado como agora.

Pois bem. Para o que a pesquisa se ocupará nas próximas linhas, chama-se a atenção à primeira parte do sumário acima, precisamente no seguinte raciocínio, quase um encadeamento em sorites²⁴⁰: dois projetos de lei disciplinaram como as decisões judiciais, sob sua vigência, devem ser. A Política, então, ditou o Direito²⁴¹. Nenhuma excentricidade nisso, claro. Porém, eis o ponto que chama a atenção da pesquisa: a mútua interação entre essas ciências e, particularmente, o exame sobre

²³⁹ Embora ainda as discussões sobre o sentido cogente ou não do verbo *observar*, no artigo 927 do CPC 2015, é inegável o ônus argumentativo que o – já não tão novo – sistema processual impôs. A esse respeito, Bruno Fuga traz considerações: “A técnica do art. 489, § 1º traz importante *ônus argumentativo* para os operadores do direito. Deve, no artigo citado, ser analisada a *ratio decidendi* do caso comparado e não sendo aplicado, fazer o devido *distinguishing*. O julgador não pode, por exemplo, ‘se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus *fundamentos determinantes* nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos’. A parte poderá citar precedente, enunciados e súmulas, jurisprudência e o julgador não poderá ‘deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de *distinção* no caso em julgamento ou a superação do entendimento.’ É preciso então que a parte demonstre um *relevant similarity* ou a necessidade de *distinguishing* ou então a necessidade de *overruling* [...]. Em todos estes casos, entendendo o “precedente” não apenas como o texto da súmula, mas sua *ratio decidendi*, o *ratio* do possível precedente em questão. A distinção e superação são, portanto, técnicas de infirmarem a vinculação ao precedente. Ademais, o que interessaria ‘aos *homens* sua leitura das verdades eternas?’ Verificamos mais adiante que há com o art. 489, § 1º uma necessidade de *maior ônus* argumentativo para todos os operadores do direito, em especial para o julgador. Deve ele verificar a existência de eventual ‘precedente’, bem com (sic) a sua necessidade de distinção com o caso comparado ou ainda eventual *overruling* [...] Há, com isso, um sistema positivado determinando a análise da *ratio* dos casos (tanto do caso a ser julgado como o paradigma), art. 489, §1º, V, e também a análise de eventual *distinção* ou *superação* dos precedentes art. 489, §10, VI; art. 1.037, §9º; o art. 979, §2º, por exemplo, afirmar ser necessário que a decisão contenha ‘os *fundamentos determinantes* do julgamento’. A sentença então deve constar o que é *necessário* e atender o disposto no art. 489”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020. p. 84-86.

²⁴⁰ Silogismo em cadeia, no qual o predicado de uma oração se torna sujeito da próxima e assim sucessivamente.

²⁴¹ Aqui, propositalmente reduzida a ideia. Em *Direito*, leia-se *Direito Estatal*, afinal, como diz Manuel Atienza: “[...] pode ser que o Direito não seja devidamente compreendido se for reduzido ao Direito estatal, ou seja, ao Direito legislado. A teoria da legislação teria, portanto, que ser confrontada, ou talvez enriquecida, com a tese do pluralismo jurídico que, como sabemos, nega – agora e antes – a identificação entre Direito e Direito estatal”. ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 56-57.

os *critérios* que a Política lançou mão para promover mudança tão contundente na racionalidade da decisão judicial, com a introdução de mecanismos decisórios típicos de uma tradição jurídica estrangeira.

Ao reforço propedêutico, porém, antes de esquadrihar os trâmites dos projetos de lei referidos, nos ocuparemos em expor, não mais que em linhas gerais, as racionalidades que subjazem as decisões judiciais e o processo legislativo.

Começemos com a racionalidade das decisões judiciais, notadamente seus aspectos críticos. Em *Como decidem as cortes?*, José Rodrigo Rodriguez define *modelo de racionalidade jurídica* como “o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo”²⁴². Com isso, além de outros temas, explora a questão do argumento de autoridade, torrencialmente utilizado nas decisões judiciais brasileiras, concluindo que nossa jurisdição segue um modelo de *justiça opinativa*. Nesse caminhar, e especialmente nos casos difíceis em que não há posições homogêneas das cortes, segue-se a estratégia de invocar tantas autoridades quanto possível para fundamentar a opinião do julgador, visto como um indivíduo e não como membro de uma instituição de Estado que é (ou deveria ser), imbuída de uma racionalidade própria. Quanto às decisões colegiadas, agrega-se outra dificuldade: a decisão é por votação, e, sem uma redação da decisão oficial da corte, os julgados escritos não passam de um registro cronológico dos debates entre os magistrados, passando ao largo a ideia de um texto coerente, ordenadamente redigido e que bem articule os argumentos dogmáticos, mirando o papel na criação de jurisprudência ao mesmo tempo em que reforça o compromisso de legitimação racional do Direito²⁴³. Para ele, “Este ponto é importante para a nossa análise: o julgamento no Brasil não tem como objetivo produzir um texto que é mero efeito colateral dele”²⁴⁴.

O problema do argumento de autoridade, em José Rodrigo Rodriguez, é a sua teleologia eminentemente performática, para convencer o receptor. Esse tipo de argumentação

não tem o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita. Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o

²⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 67.

²⁴³ *Ibid.*, p. 62-63.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 63.

destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia. O que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão e não o padrão argumentativo que a fundamenta²⁴⁵.

Ainda sobre o argumento de autoridade, dois pontos esclarecedores que denotam a maturidade crítica do autor, não limitado à crítica pela crítica. Primeiro, distingue que o argumento de autoridade não se liga, rigorosamente, à autoridade da lei. Para exemplificar, aduz sobre a existência de áreas do Direito, como o Penal e o Tributário, em que o textualismo é mais forte, legando à lei a “referência central para a argumentação”²⁴⁶, ao passo que há áreas, em câmbio, em que “os argumentos textualistas aparecem menos, como direito constitucional e no direito do trabalho”²⁴⁷. O segundo ponto é que não se pode taxar, de chofre, de autoritárias as instituições que operam sob a racionalidade dos argumentos de autoridade. Bem podem elas atuar, a despeito disso, “em bases participativas”²⁴⁸.

Embora acentue o peso da caneta na argumentação de autoridade, José Rodrigo Rodriguez deixa claro sobre a pluralidade de formas de racionalidade judicial presentes na prática cotidiana forense. Além disso, malgrado a quantidade, desarmonia. Denuncia o autor que as várias racionalidades disputam entre si, sem que ao fim e ao cabo exista a efetiva garantia de um padrão decisório, algum que prevaleça²⁴⁹. A despeito da pluralidade, inclusive, recorda que há muito Hans Kelsen já havia debelado a empreitada de tentar aplicar-se o padrão científico das ciências naturais ao Direito, especificamente ao ato de julgar, e que, embora o consenso da teoria jurídica contemporânea sobre a necessidade de escolha de um padrão de racionalidade para esse mister, o desacordo se opera sobre qual deva ser esse padrão. Há, como dito, “várias posições em disputa, cada uma delas reivindicando ser mais adequada para lidar com os problemas jurídicos contemporâneos, quadro que se repete tanto na teoria quanto nas argumentações jurisdicionais propriamente ditas”²⁵⁰.

Conquanto a dificuldade na adoção de um padrão de racionalidade na decisão judicial, parece próximo de consenso a necessidade da escolha de um, nem que seja

²⁴⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 73.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 75.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 76.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 74.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 67.

para o subterfúgio de *errar por último*²⁵¹, sob pena de cair no que José Rodrigo Rodriguez chama de *zonas de autarquia*: “o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação”²⁵². Uma *zona de autarquia* manifestada no plano da jurisdição trará consigo, alerta José Rodrigo Rodriguez, uma *falsa fundamentação* emprestando o carimbo de “jurídico” a atos puramente arbitrários. Nestes casos “É de se esperar que esteja presente alguma forma de *falsa fundamentação* cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias”²⁵³.

Nesse seguimento, e bem a calhar com a presente pesquisa, o autor defende a adoção de um modelo alternativo, “que conferisse importância central à argumentação” ao tempo em que também admitisse “a participação da esfera pública, pela via direta e pela indireta”²⁵⁴. Nesses moldes, para José Rodrigo Rodriguez, há ganho na segurança jurídica, que ficaria menos dependente das pessoas e mais centrada nos argumentos²⁵⁵.

A respeito desses aportes, é de se perguntar se um sistema cuja cultura decisória leva em conta os precedentes judiciais (*stare decisis*) e assim mimetize um *judge-made law* aos moldes praticados pelo *common law*, espelharia bem o modelo perseguido pelo autor. Abrindo a possibilidade para tal, ele argumenta não sem deixar assente um dos obstáculos:

É possível criar padrões decisórios mesmo sem justificação nos padrões dogmáticos tradicionais. Afinal, a sistematização pode ser feita a partir dos casos e não das leis. É possível afirmar que determinados argumentos, levados em conta em um caso específico, devam ser levados em conta em todos os casos semelhantes. Mas como veremos, no Brasil, para que um esquema como este pudesse funcionar, seria necessário implementar o dever de que os tribunais elaborassem um voto único vencedor²⁵⁶.

Finalmente, ainda impulsionado pela verve do que poderia ser alterado em nosso ordenamento para que houvesse mudanças positivas na racionalidade judicial,

²⁵¹ *Errar por último* é bem a “posição singular” das Cortes, sobretudo as constitucionais, de que trata Hart ao se referir ao ceticismo em relação às normas. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 182-183.

²⁵² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 69.

²⁵³ *Ibid.*, p. 70.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 111.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 111.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 76.

o autor adverte sobre o ideário de um modelo *one size fits all*, que venha na esteira de uma importação acrítica de modelos estrangeiros, e ainda, eleva à primeira necessidade a reflexão sobre as peculiaridades locais ao tratar da racionalidade jurisdicional. Merece a transcrição:

Para argumentar em favor de mudanças não faz sentido indicar um “modelo” estrangeiro como se ele fosse dotado de alguma autoridade sobre nossa realidade. Afinal, como a reflexão mais recente sobre direito e desenvolvimento tem mostrado, não há um padrão único de estado de direito que sirva para todo o mundo. Fazer isso significaria simplesmente reproduzir o padrão argumentativo fundado na autoridade, característico do direito nacional. É preciso levar a sensibilidade pós-colonial para pensar a racionalidade jurisdicional refletindo sobre a peculiaridade das instituições em cada contexto. Como mostrei em outro lugar, há muitos estudiosos que fazem isso com frequência, tentando demonstrar que nosso ‘direito’ na verdade é pouco desenvolvido, pouco sofisticado, falho e imperfeito; não seria sequer um ‘direito’ de verdade, mas um arremedo de alguma coisa que se realizou, plenamente, apenas fora daqui²⁵⁷.

No que toca à racionalidade que subjaz a atividade legislativa, em *Argumentação legislativa*, Manuel Atienza, sob a perspectiva da tríade linguística em que o *emissor* protagoniza a figura do legislador, o *referente* é a lei e o *receptor* é a população e instituições, sustenta a existência de cinco níveis de racionalidade: a *comunicativa ou linguística* (R1), a *jurídico-formal* (R2), a *pragmática* (R3), a *teleológica* (R4), e a *ética* (R5)²⁵⁸.

Quanto à primeira (linguística ou R1), basicamente o legislador (emissor) deve ser capaz de transmitir uma mensagem (a lei) fluente ao receptor. Nesse nível, tão só a ideia de clareza na comunicação, despida de valores, os quais, no limite, guardariam caráter instrumental, apenas para comunicar. A irracionalidade neste nível existe quando há falhas comunicativas, quando, por exemplo, a lei apresenta opacidade semântica ou defeitos sintáticos, ou até mesmo quando os meios de comunicação não funcionam adequadamente²⁵⁹.

O segundo nível de racionalidade (jurídico-formal ou R2) trata da inserção harmoniosa da nova lei no sistema jurídico. Observa-se a sistematicidade enquanto finalidade das leis, no sentido de que devem formar um todo sem lacunas e sem redundâncias, além de não se contradizerem. Ao reboque disso, da finalidade da

²⁵⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 103.

²⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 27.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 27-29.

legislação enquanto sistema de segurança que preveja condutas humanas e suas consequências, o autor esbarra na tão batida *segurança jurídica*, que para ele não é um valor absoluto e que está umbilicalmente atrelado a outros valores, como liberdade e a igualdade. A irracionalidade nesse nível se opera quando a nova lei contribui para erodir de alguma forma o ordenamento jurídico. Seja porque em sua produção não foram observados os critérios estabelecidos pelo ordenamento, seja porque é lacônica ou porque, antes do desejado efeito integrador, escapa à lógica do ordenamento, lhe sendo, então, contraditório²⁶⁰.

No terceiro nível de racionalidade (R3 ou pragmática), tem-se que a conduta dos destinatários deve se adequar à prescrição legal. Nesse nível, observa-se o sistema legal como um conjunto de comportamentos humanos, sendo que as leis trazem consigo o interesse de se verem cumpridas, ou, por outros termos, que elas não fiquem como letra morta ou meras declarações linguísticas. Daí, abre-se a questão da obediência, da eficácia do Direito baseada em sua implementação prática que, assim como noutros níveis de racionalidade, exprime um valor não absoluto. Para Manuel Atienza, há irracionalidade neste nível quando se verifica o fracasso da lei em seu propósito de influenciar comportamentos humanos, o que costumeiramente ocorre por razões subjetivas, por mero desinteresse na adesão pessoal à prescrição normativa, por exemplo, por inadequação entre a regra e sua sanção; mas também por razões objetivas, como a falta de capacidade administrativa ou financeira para implementar uma lei²⁶¹.

No quarto nível de racionalidade (R4 ou teleológica) busca-se a coerência entre a lei e os fins sociais almejados. A carga axiológica nesse nível é acentuada, na medida em que os fins das normas, em maior ou menor grau, devem perseguir certos valores tais como a eficiência econômica, a melhoria da saúde ou do sistema de educação, a redistribuição das riquezas, ampliação da participação política, etc. Nesse nível, há irracionalidade quando a lei não produz os efeitos almejados ou, pior, produz efeitos não previstos. Segundo o autor, para evitar esse tipo de situação é preciso lançar mão de análises multidisciplinares como a de certos ramos da Sociologia, além de métodos como a Análise Econômica do Direito²⁶².

²⁶⁰ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 27 e 32.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 27, 36-37.

²⁶² *Ibid.*, p. 27, 37-38.

Finalmente, no último nível de racionalidade (R5 ou ético) há de se ter sempre uma justificativa ética para as condutas prescritas, impondo que os legisladores guardem a legitimidade necessária para exercer o poder normativo sobre a coletividade, o que, virando o lado da moeda para esta última, expõe a problemática de se saber quando há a obrigação ética de obediência às leis. Nesse nível de racionalidade, o exame acaba inexoravelmente imbricado em aspectos teleológicos (R4), ou seja, se o sistema jurídico é um conjunto de normas que podem ser avaliados partindo de um dado sistema ético, este último variará conforme a finalidade a ser obtida, de modo que os valores éticos são nada mais que as ideias que matizam e permitem justificar os fins perseguidos. Como exemplo, Manuel Atienza diz que a finalidade da natureza, encontra par ético no jusnaturalismo; a dignidade humana, em fundamentos kantianos; o consenso, nas teorias contratualistas ou neocontratualistas, e assim por diante. A irracionalidade nesse nível se opera de três formas, negando justamente os elementos que lhe corporificam: lei promulgada por alguém não legitimado; lei que prescreve comportamentos considerados imorais (ou o contrário, que não prescreve o moralmente obrigatório); ou lei que persiga fins ilegítimos. Conquanto a multidisciplinaridade dos ramos da Sociologia, o autor pontua, enfim, que a Filosofia do Direito ocupa papel primordial para o exame da problemática sobre este nível de racionalidade²⁶³.

Embora Manuel Atienza sustente que o nível de racionalidade ético (R5) exerça mais funções negativas do que construtivas, não produzindo técnica legislativa específica mas tão só use do discurso moral²⁶⁴, há um outro elemento na atividade legislativa que se comunica com este nível de racionalidade. É que, ao tratar do desconhecimento do eleitor médio sobre as convicções dos políticos em quem vota, Steven Pinker conclui sobre a irrelevância prática disso, na medida em que “uma vez empossados, os políticos votam conforme a posição de seu partido, não importa quais sejam as opiniões de quem os elegeu”²⁶⁵. Pois bem. Na obra *Política como vocação e ofício*, extraída de discurso de Max Weber em conferência de Munique em 1919, labora-se uma ética especial que contorna a atividade política e de certa maneira explica a ambivalência exposta por Steven Pinker. Não bem uma, mas duas éticas: a

²⁶³ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 27 e 38.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 39.

²⁶⁵ PINKER, Steven. **O novo Iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 249.

ética da responsabilidade e a *ética da consciência*. Weber introduz o tema questionando se a ética que vale na ação política seria aplicável a qualquer outra ação. Com isso, conjectura aplicar em Política a mesma ética extraída do Sermão da Montanha, que chama de *ética do tudo ou nada*, isto é, o mandamento incondicional do Evangelho que determina ao fiel *dar tudo o que tem, absolutamente tudo*²⁶⁶. A este respeito, então, sustenta que

O político dirá: uma exigência sem sentido social, enquanto não for imposta para *todos*. Ou seja: é preciso tributação, confiscação, nenhuma palavra, coerção e regulação contra *todos*. O mandamento ético, contudo, *absolutamente não* se questiona sobre isso, essa é sua essência. Ou ainda diz: 'oferece a outra face!', incondicionalmente, sem perguntar por que o outro se poria a bater. Uma ética da indignidade, a não ser para um santo. Assim é: é preciso ser um santo em *tudo*, ou ao menos segundo a vontade, viver como Jesus, o apóstolo, São Francisco e outros do mesmo tipo, *aí, então*, essa ética tem sentido e é expressão de uma dignidade. *Senão não*. Pois se a ética acosmística diz para 'não se opor ao mal com violência', para o político vale a frase oposta: *deves opor-se ao mal de modo violento, ou então serás tu o responsável pelo seu aumento*²⁶⁷.

Ainda pontuando sobre a infelicidade prática ao aplicar o que chamou de *ética da indignidade* à Política, Max Weber erige questão que ressoaria obrigatória a qualquer moralista de plantão, mas que teria efeitos nefastos na realidade, lembrando uma má assimilada lição de Maquiavel. Trata da obrigatoriedade de dizer sempre a *verdade*, olvidando a *consequência*. Para ele, nessa forma ética absolutista repousa

[...] a obrigação de dizer a verdade. Ela é incondicional para a ética absoluta. Ou seja, as pessoas concluiriam: trata-se de publicar tudo, sobretudo os documentos que incriminam o próprio país e, com base nessa publicação unilateral, reconhecer a culpa, unilateral e incondicionalmente, sem considerar as consequências. O político descobrirá que, se tiver sucesso agindo desse modo, não se está promovendo, mas certamente escurecendo a verdade, ao se abusar e desencadear a paixão; e que apenas uma investigação planejada e de todos os lados, imparcial, poderia trazer frutos, sendo que qualquer outro procedimento poderia ter consequências para a nação que o fizer, as quais em décadas não poderão ser reparadas. Mas a lógica absoluta não se *pergunta* justamente pelas 'consequências'²⁶⁸.

²⁶⁶ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020. p. 94-96.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 96.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 97-98.

Da má-compreendida lição maquiavélica²⁶⁹, põe-se a questão de *os fins justificarem os meios*²⁷⁰. Como posta e largamente disseminada, a frase não foi bem assim escrita por Maquiavel, que, todavia, ao tratar de como os súditos avaliam as atitudes do soberano, textualizou que eles se importam mais com as *consequências* dos atos do que com a *intenção primária*, o que, trocando as palavras, reconduz ao mesmo sentido da frase citada, isto é, não seria a *intenção* que validaria um ato, mas a sua *consequência*. Ora, fazendo um novo jogo de palavras sem descolar do sentido, substituindo *consequências* por *responsabilidade* e *intenção primária* por *convicção*, pode-se ver da lição de Maquiavel certa confrontação entre as éticas da convicção e da responsabilidade, o que ficará mais claro a seguir. Para concluir o aparte, o trecho na obra *O Príncipe*, na tradução de Dominique Makins, vem na seguinte forma: “[...] e nas ações de todos os homens, em especial dos príncipes, que não é prudente desafiar, julga-se pelos resultados”²⁷¹⁻²⁷².

Mas, retomando às considerações de Max Weber, diz ele que todas as ações humanas são eticamente orientadas por duas máximas que se contrapõem: a ética da convicção e a ética da responsabilidade, o que não quer dizer que na primeira age-se sob uma ética da irresponsabilidade, nem que na segunda age-se despido de qualquer convicção. Sob a ética da responsabilidade, o sujeito acaba tendo de

²⁶⁹ É interessante notar que, seja por má tradução (como é o caso da obra *O Anti-Maquiavel*, escrita por Frederico II, Rei da Prússia, sob a “correção” de Voltaire), seja por oportunista apropriação literária (como em *Henrique VI* e *As alegres comadres de Windsor*, obras em que Shakespeare equipara Maquiavel, em um contexto negativo, a um político astuto e também tacha ele de *morderous* – o mortífero), consolidou-se no ideário coletivo um raro caso (talvez único) em que o autor não é apenas lembrado em *substantivo*, como o *platonismo* para recordar da metafísica de Platão, mas também em *adjetivo* para representar a vilania, a imoralidade ou a maldade. Assim *maquiavélico* e *maquiavelismo* passam para a história – de forma equivocada, por má compreensão no meu ver – como adjetivos negativos.

²⁷⁰ Embora a divergência de sua autoria. Por exemplo o professor Renato Janine Ribeiro pontua que “*O Príncipe* foi lido, bem cedo, como um livro de conselhos aos governantes, para quem os fins justificariam os meios (essa frase, aliás, não é de Maquiavel)”. RIBEIRO, Renato Janine. Maquiavel, do diabo à ética. **Revista Cult**, São Paulo, p. 1-8, nov. 2003 Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/maquiavel-do-diabo-a-etica/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

²⁷¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Dominique Makins, São Paulo: Novo Século, 2018. p. 98.

²⁷² O mesmo trecho, sob a tradução de Lívio Xavier, é assim redigido: “Nas ações de todos os homens, principalmente dos Príncipes, onde não há tribunal para recorrer, o que importa são os fins”. (MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier, São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 40-41). Para um ensaio que esquadrinha a má tradução da obra *O Príncipe* a partir da qual Frederico II, Rei da Prússia, escreveu *O Anti-Maquiavel* e, então, chegou a conclusões errôneas, bem como para *insights* de como a literatura forjou o ideário de que o pensamento de Maquiavel era imoral e diabólico, veja-se: TALON, Jean. Maquiavel e o anti-Maquiavel: ensaio sobre o Príncipe, de Nicolau Maquiavel, e o anti-Maquiavel, de Frederico II, rei da Prússia. *In*: WEDY, Gabriel; SOUSA Julia Rodrigues Oliveira; ANDRADE, Carla Bonetti de (org.). **Estado de direito na pós-pandemia**. Londrina: Toth, 2022.

responder pelas consequências previsíveis da sua ação, de modo que conquanto possa guardar *n* ressalvas pessoais a um dado tema, confrontado com o resultado previsível de uma escolha, se rende a esse vetor. Transposto ao mundo da Política, é bem o caso do legislador que, embora sua posição pessoal, fecha questão com seu Partido sobre dado projeto ou que examina a lei e suas consequências previsíveis diante do ordenamento e contexto de aplicabilidade e vota considerando essa *consequência* previsível, face à *convicção* pessoal e imediatista. Tocante à ética da convicção, o que ele também chama de *ética do tudo ou nada*, quem age imantado nela tem reduzida seu campo de responsabilidade aos lindes da própria convicção pura, sem adicionar nuance tão importante quanto o exame sobre as consequências ou, ainda que o fazendo, não dê a ela relevo. Exemplifica o caso citando um protestante que de forma genérica se opõe à injustiça da ordem social²⁷³.

Ocorre que para Max Weber o mero diagnóstico de como as éticas da convicção e da responsabilidade orientam as condutas humanas não encerra a problemática. Sua mútua imbricação faz surgir outros questionamentos, afinal “Nenhuma ética do mundo livra-se do fato de que para alcançar os fins ‘bons’ aceitam-se meios eticamente questionáveis ou no mínimo perigosos junto com a possibilidade ou também a probabilidade de consequências colaterais más”²⁷⁴. Não sendo possível, lado outro, a coexistência delas sob o mesmo teto e “nem mesmo decretar eticamente quais fins devem santificar *quais* meios quando se faz qualquer tipo de concessão a esse princípio”²⁷⁵, torna-se praticamente impossível distinguir o momento adequado para que a conduta – aqui transportada para a do legislador – siga a ética da convicção ou a da responsabilidade, pois elas estão em incessante complementação. A conclusão, na pena de Max Weber, vem assim:

É verdadeiro que a política é feita com a cabeça, mas está mais do que certo que não é só com a cabeça. Aqueles que seguem a ética da convicção estão absolutamente certos quanto a isso. Mas não se pode prescrever a ninguém se ou quando se *deve* agir pela ética da convicção ou pela ética da responsabilidade. [...] Nessa medida, a ética da convicção e a ética da responsabilidade não são opostos absolutos, mas elementos complementares que somente juntos fazem que uma pessoa seja autenticamente humana, e que, assim, *possa* ter ‘vocação para a política’²⁷⁶.

²⁷³ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020. p. 98-99.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 99.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 111-112.

Assim, além dos cinco níveis de racionalidade da atividade legislativa de acordo com a tipologia de Manuel Atienza, tomamos uma delas, a que trata justamente da ética, e, no aprofundamento da questão sob as lições de Max Weber, expusemos nuance que, sensível e latente, concorre na atividade legislativa. Vale dizer, ao que muito se aproxima de uma concordância negativa ou de uma discordância positiva, fique-se atento que vezes há em que o legislador vota uma dada matéria em nome da ética da responsabilidade, como quando o seu partido *fecha questão* sobre um projeto, e não em nome de convicções pessoais, isto é, sob a ética da convicção.

Examinadas as racionalidades judicial e legislativa, ainda que na primeira um olhar mais crítico de como tal se apresenta no cotidiano forense brasileiro, sobretudo tocante à multiplicidade e conflituosidade entre si, à guisa conclusiva surge o interesse comparativo, embora sempre a ressalva de que elementos tão distintos como maçãs e laranjas não seriam plenamente comparáveis. Se o exame comparativo entre as racionalidades se mostra – abusando do termo – *irracional*, é possível (e didaticamente muito proveitoso para os fins deste trabalho), estabelecer comparações entre os *elementos gerais* que norteiam tanto a decisão judicial como o processo legislativo. Aliás, isso é recorrente em trabalhos de muitos autores que transitam entre as ciências jurídicas e políticas.

Um primeiro ponto comparativo, há a questão da *legitimidade*, expressa em *representação política*. Nesse sentido, para Marcos Paulo Veríssimo:

A história de politização da jurisdição constitucional é uma história que tem mais de 200 anos. O primeiro grande problema ligado a isso é o problema de legitimidade. O que a Corte não tem e o Congresso tem? Representação política. Em questões complicada, para as quais não se tem uma resposta, ou que ainda não foram decididas, quem deveria decidir pela comunidade política?

A regra majoritária tem um apelo do ponto de vista de legitimidade²⁷⁷.

Uma segunda análise também dada por Marcos Paulo Veríssimo e que se relaciona ao *consequencialismo*, está na *capacidade institucional* de o Judiciário intervir e ditar políticas públicas. Isto é, questões prospectivas (*programantes* e

²⁷⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 70.

programáveis, voltadas para o futuro) de natureza política, técnica e econômica, não seriam mais bem encetadas pelo Legislativo?²⁷⁸

Um terceiro ponto, que explora questões *qualitativas* encontra em Carlos Maximiliano certo ceticismo ao esquadrihar elementos de maior densidade jurídica às deliberações legislativas, dado que elas ostentariam autoridade relativa se comparadas às pretorianas. Ora, segundo afirma, sob a normalidade institucional a jurisdição atende ao Direito. É, pois, subserviente à Ciência Jurídica, o que não encontra par com os atos legislativos, não raro atendentes de interesses inescrupulosos. O ponto é eufemisticamente cinzelado pelo autor:

As deliberações das câmaras (federais, estaduais ou municipais) apresentam vários pontos de semelhança com a jurisprudência; porém merecem menor apreço relativamente à Hermenêutica, porque atendem menos a escrúpulos de ordem jurídica do que às conveniências políticas, econômicas, financeiras, ao critério da oportunidade, a interesses pessoais ou partidários. Por isso, embora sirvam também ao desenvolvimento do Direito, oferecem menores probabilidades de acerto e gozam de menores autoridade que as decisões forenses²⁷⁹.

Por outro lado, ao demonstrar que as atividades de produção legislativa e de adjudicação, em que pese sejam “instâncias, âmbitos, [do gênero] da argumentação jurídica”²⁸⁰, mais guardam diferenças do que semelhanças entre si, Manuel Atienza assevera, para dar apenas um exemplo que derrubaria o argumento de superioridade vis-à-vis, que a racionalidade subjacente ao processo legislativo é bem mais *complexa* do que a empregada nas decisões judiciais:

Em poucas palavras, o discurso justificativo ligado à produção de normas jurídicas através de assembleias políticas é muito mais complexo do que aquele realizado pelos órgãos judiciais. Para analisar a justificação feita por um juiz, é possível dar atenção e se limitar ao texto de sua decisão, mas a discussão legislativa é geralmente muito mais aberta e menos estruturada. Ou seja, a argumentação judicial acontece dentro de limites relativamente estritos, o que facilita sua análise e avaliação, mas esse normalmente não é o caso da argumentação de caráter legislativo. Também por isso, as

²⁷⁸ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 71-73. Embora o autor lamente que “essa segunda avenida, a da capacidade institucional do judiciário para intervir em políticas públicas, é uma via que ainda está por explorar”, destacamos a sólida pesquisa de Giancarlo Montagner Copelli. COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado**: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2018. Especialmente o capítulo 5, que explora os limites da aposta no Judiciário como concretizador do *Welfare State*.

²⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 170-171.

²⁸⁰ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 114.

ferramentas conceituais desenvolvidas nas últimas décadas pela teoria da argumentação jurídica não são capazes de abordar a argumentação legislativa²⁸¹.

Todavia, a complexidade, *per se*, não tem em Manuel Atienza o condão de refletir grau hierárquico entre as racionalidades. Para ele:

Isso não implica, é claro, que a ‘racionalidade’ legislativa esteja em um nível inferior em relação à judicial. O que se quer afirmar é que se trata de uma racionalidade distinta (mais complexa) por razões de caráter institucional; em outras palavras, as características de cada instituição determinam um certo tipo de organização interna e de meios capazes de atingir essas finalidades²⁸².

Um quarto ponto, do intelecto de José Rodrigo Rodriguez, abre questionamento sobre a *capacidade cognitiva* que encerra o ato de adjudicar e o de legislar. Para ele,

quem estaria mais capacitado para criar regras para a sociedade vista como um todo, o Parlamento e o debate político, em que diversas opiniões e concepções se digladiam a favor deste ou daquele desenho para a regulação dos problemas sociais; ou o juiz isolado, cujas decisões podem ter efeitos que ele, muito provavelmente, não será incapaz de antecipar?²⁸³

Outro elemento diz respeito às questões orgânicas que envolvem os que exercem a argumentação jurídica e política. Nesse sentido, juízes são, ressaltava Manuel Atienza, “funcionários independentes; não são responsáveis politicamente; desempenham sua função de forma estável; e são especialistas no assunto sobre o qual são chamados a decidir, especialistas em Direito”²⁸⁴. Legisladores, por sua vez, quando não representam o interesse direto de algum setor ou classe social, matizam os interesses de certo espectro ideológico não sendo “independentes em relação à instituição – os partidos políticos – na qual estão integrados e sua ‘carreira profissional’ depende da influência que possam ter dentro dessa organização e, em geral, na opinião pública”²⁸⁵. Ainda, costumeiramente, os políticos “desempenham sua função de forma ocasional, sem a obrigação de terem uma formação específica para esse fim”²⁸⁶. Assim, para Manuel Atienza, é bem compreensível que os deveres específicos para o exercício de cada função apresentem singularidades. Como reforça, “do legislador, espera-se coerência

²⁸¹ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 102.

²⁸² *Ibid.*, p. 106.

²⁸³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 148.

²⁸⁴ ATIENZA, op. cit., p. 103.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

ideológica, e, quase sempre, disciplina (em relação à instituição, ao partido político do qual é membro) e a capacidade de levar a bom termo objetivos que não são essencialmente estabelecidos por ele”²⁸⁷, o que difere da função do juiz.

As comparações não são taxativas. Outras, em aspectos gerais, podem ser erguidas ao sabor da curiosidade²⁸⁸. Aliás, como dito, se pode soar irracional a comparação direta entre as racionalidades da decisão judicial e as da atividade legislativa, tome-se a consideração de Manuel Atienza ao expor, baseado em sua tipologia, certa questão de viés: para ele, a jurisdição é orientada quase exclusivamente pela racionalidade jurídico-formal (R2), o que não satisfaz as exigências de sociedades complexas, que demandam, antes de tudo, a racionalidade finalística [teleológica (R4)], justamente a mais encontrada na racionalidade legislativa, que a seu turno é tributária da racionalidade ética (R5). Simplesmente, para ele, “a legislação se orienta por uma concepção teleológica e ética da racionalidade, enquanto a jurisdição se baseia na racionalidade jurídico-formal”²⁸⁹. Isto, sem arvorar-se em pioneirismo, afirma já ter sido laborado por Jeremy Bentham²⁹⁰ e por Max Weber²⁹¹, cada qual a seu modo:

[...] esse – eu acredito – é o significado da frase mordaz de Bentham dirigida aos juízes ingleses, a quem ele acusava de elaborar o *common law* ‘como um homem elabora regras para seu cão’. E essa afirmação está totalmente de acordo com a opinião do mesmo autor de que é o princípio da utilidade que deve reger a legislação, enquanto a certeza jurídica deve guiar os trabalhos dos juízes; [...] A mesma ideia, em certa medida, pode ser encontrada em Max Weber, em sua consideração de que a racionalidade formal (R2) é própria dos juristas e operadores jurídicos, enquanto o legislador ou quem cria o Direito geralmente se orienta por uma racionalidade relacionada aos fins (R4)²⁹².

²⁸⁷ ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 103-104.

²⁸⁸ Manuel Atienza vai longe comparando, por exemplo, os tipos de pergunta, cuja resposta a racionalidade legislativa e a judicial devem chegar; aspectos do discurso legislativo e do judicial, sendo que o primeiro vê o Direito como instrumento e o último o vê como fim; a discricionaridade, sendo forte na atividade legislativa e fraca na atividade judicial; o “peso” da argumentação na atividade legislativa repousar não no documento final, a lei, mas em todo o processo (pré-legislativo, legislativo e pós-legislativo), ao passo que na atividade judicial o peso está na decisão; a abertura das decisões legislativas e das judiciais, encerrando a primeira um leque aberto e de imprevisíveis nuances, reputando-se praticamente impossível uma dada lei, com certo conteúdo e forma, assumir uma única possível roupagem, ao passo que a decisão judicial descamba, invariavelmente, em um jogo de soma zero, reflexo de sua bivalência semântica ‘condenação/absolvição’ e outras expressões do tipo. *Ibid.*, p. 110-123.

²⁸⁹ *Ibid.*, 94.

²⁹⁰ Tratado no item *O Common Law, a tradição jurídica anglo-saxã* do capítulo anterior, cujas ideias serão retomadas quando será criticado o Positivismo Jurídico.

²⁹¹ Há pouco tratado, quando falado da ética da convicção e da ética da responsabilidade.

²⁹² ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 94.

Como asseverado, não cessam as discussões sobre qual modelo ideal de uma instituição criadora da norma e são vários os pontos de vista que, cada um a seu turno, dão azo a múltiplas posições. Por exemplo, a consideração de Manuel Atienza de que sociedades complexas não encontrariam suficiência jurídica se o Direito for ditado pelo caminho da jurisdição nos faz pensar, diante da existência efetiva de países que aplicam o *judge-made law* e que, sem embargo, apresentam níveis elevados de desenvolvimento humano²⁹³, se outras camadas não devem ser levadas em conta para esse tipo de análise, como questões sociológicas, econômicas, etc. São reflexões que embora despertem a curiosidade, não encontrarão aqui a seara para seu plantio, ficando apenas o registro.

Analisadas as racionalidades judicial e legislativa, sobretudo a última, o trabalho adquiriu o cabedal epistemológico necessário para averiguar o Projeto de Lei do Senado que culminou no Código de Processo Civil de 2015, tocante aos critérios utilizados na importação de mecanismos decisórios, à *common law*.

3.3 Projeto de lei do Senado 166/10: o Código de Processo Civil que instaura (ou consolida) o *judge made law* brasileiro

Inicialmente, rememore-se o artigo 65 e seu parágrafo único, da Constituição. Segundo ele, quando um projeto de lei inicia em uma das Casas do Congresso, a outra funciona como instância revisora, cabendo apreciar o projeto em um só turno de discussão e votação para, sequencialmente, encaminhá-lo à sanção ou promulgação, ou, se houver emendas, devolver à Casa iniciadora. Como cada Casa possui numeração própria para autuar os respectivos processos, a origem do que veio a ser o CPC de 2015 iniciou com o Projeto de Lei do Senado 166/10, autuado na dita “Câmara Alta” em 08/06/10 por iniciativa do senador José Sarney²⁹⁴. Na Câmara dos Deputados, o projeto foi autuado sob o n. 8.046/10 e passou a tramitar em 22/10/10²⁹⁵. Todavia, como era de se esperar, tamanha a importância do projeto, o PLS foi

²⁹³ Dois exemplos são inescapáveis: Inglaterra e Estados Unidos da América.

²⁹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado n. 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-166-2010>. Acesso em: 18 ago. 2023.

²⁹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 8.046, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-166-2010>. Acesso em: 18 ago. 2023.

emendado na Câmara dos Deputados, tendo retornado ao Senado sob a autuação de Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD), oportunidade em que foram apreciadas as emendas. Considerando essa dinâmica, a pesquisa se ocupará do trâmite do projeto apenas junto ao Senado, tanto na qualidade de iniciadora quanto na qualidade de apreciadora das emendas da Câmara dos Deputados.

Premissa estabelecida e bem advertidos da impossibilidade de se esquadriñar, efetivamente, a vontade do legislador (*mens legislatoris*), ainda assim, cumpre examinar o teor das discussões legislativas que meandram a construção do CPC de 2015, sobretudo os critérios utilizados pelos parlamentares para a importação de institutos decisórios do *common law*, que, também muito ressaltado, representa mudança paradigmática em nossa matriz jurídica. Fato interessante nessa quadradura consta do relatório do senador Vital do Rêgo ao PLS 166/10, para quem “O respeito aos precedentes jurisprudenciais é uma das marcas do futuro Código, o que reduzirá o grau de imprevisibilidade jurídica que impera sobre os atores da sociedade civil”²⁹⁶. Seria esta, a previsibilidade – e sua costumeira associação à segurança jurídica – um critério? É preciso ir um tanto mais a fundo.

O Ato do Senado 379, de 30 de novembro 2009²⁹⁷, criou a Comissão de Juristas destinada à elaboração do anteprojeto do CPC de 2015, presidida pelo ministro (à época do STJ) Luiz Fux e sob a relatoria da processualista Teresa Arruda Alvim Wambier. Atuaram os insígnis juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. Nomes de peso, dispensáveis maiores apresentações. Apenas uma nota: sem carreiras no mundo da política, afirma-se, sem rodeios, tratar-se de um corpo técnico.

Entre fevereiro e junho de 2010, então, o grupo se reuniu quatorze vezes e, ao cabo disso, ofereceu o relatório final²⁹⁸ endereçado ao Senador José Sarney,

²⁹⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer n. 1.099, de 2014**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202783&ts=1630429505158&disposition=inline&_gl=1*suyosod*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMjY0MDgwNC4yMC4xLjE3MDI2NDI2ODYuMC4wLjA. Acesso em: 01 dez. 2023.

²⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. Ato do presidente nº 379, de 2009. Institui Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, n. 153, 3 out. 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/251?sequencia=68>. Acesso em: 22 nov. 2023.

²⁹⁸ COMISSÃO DE JURISTAS “NOVO CPC”. 14ª Reunião – 01/06/2010 – Votação do Relatório final. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 65, n. 087, 09 jun. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/591?sequencia=328>. Acesso em: 22 nov. 2023.

proponente da matéria. Reduzindo *ad extremum* a minuta final, nota-se grande preocupação com a segurança jurídica, em particular, a que se relaciona à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência, falando francamente, ainda, de uma função modeladora do ordenamento jurídico por parte das cortes superiores. Nesse caminho, o documento é enfático no sentido de que as alterações mais significativas no sistema processual que se unem ao objetivo de harmonizá-lo ao espírito da Constituição são, justamente, as alterações que dizem respeito às regras que induzem a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência. Ainda nesse seguimento, deixa claro que o grande *escudo* da segurança jurídica, que segundo o relatório é também confrontado por uma *dispersão excessiva da jurisprudência*, será mais bem prestigiado com a instituição da modulação no tempo dos efeitos da alteração da jurisprudência. Uma outra consideração que eleva a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência a bálsamo, diz respeito a uma consequência reputada inarredável: quase em tom profético, assenta que os recursos aos tribunais de segundo grau e superiores serão reduzidos se houver a efetiva estabilidade jurisprudencial. De mais a mais e não se valendo de argumentos tão juridicamente profundos, o relatório se ocupa em noticiar a extinção de diversos procedimentos especiais, sobretudo as cautelares nominadas; o novo regime de medidas liminares e a estabilidade das tutelas; a simplificação no que toca aos pedidos, uma certa fusão procedimental nesse particular; a simplificação recursal e sua uniformização de prazos (15 dias); a busca por maior rendimento possível em cada processo com, por exemplo, a atribuição de autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais. Na conclusão, penúltimo parágrafo, chama a atenção a seguinte oração: “Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações”.

Oferecido o relatório final, o projeto de lei passou enfim a tramitar na Câmara Alta tendo os senadores formado a Comissão Temporária destinada a examiná-lo, receber e apreciar as proposições a ele relacionadas²⁹⁹. Fixado o calendário de tramitação, ante a complexidade da matéria, foram logo quadruplicados os respectivos prazos, nos termos do Requerimento 747 de 2010³⁰⁰. Foram previstas audiências

²⁹⁹ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 109, 10 jul. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/726?sequencia=26>. Acesso em: 28 nov. 2023.

³⁰⁰ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 117, 3 ago. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2190?sequencia=1123>. Acesso em: 28 nov. 2023; DIÁRIO

públicas, oitiva de juristas e de autoridades públicas (em especial, as do sistema de justiça), além de membros de entidades de classe, como a dos advogados, dos juízes e as de promotores e procuradores. A segunda reunião do grupo, de 11/08/10, revela o apelo à publicidade e à ampla participação popular no projeto conclamada pelo presidente da comissão, senador Demóstenes Torres (DEM-GO), que fala em centralizar o recebimento de sugestões de aperfeiçoamento do projeto e para tal, inusitadamente, oferece *e-mail* pessoal de assessor jurídico da Casa (*volpe@senado.gov.br*), além de um outro endereço específico (*novocpc@senado.gov.br*) e também o telefone (61) 3311-2224, solicitando à TV Senado e à Rádio Senado a ampla divulgação desses canais de comunicação³⁰¹. Embora a primeira reunião com a participação de senadores da Comissão Temporária, estes mais se ocuparam em ouvir representantes de entidades de diversos matizes ligadas ao Direito, como associações classistas ligadas à magistratura e de outras carreiras jurídicas, membros da academia e autoridades públicas. Entre outros que abordaram o assunto pertinente ao presente estudo, chama a atenção as considerações do juiz federal Hugo Otávio Tavares Vilela, representante da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE). Ao tratar da uniformização da jurisprudência dada pelo artigo 847 e incisos do projeto, indaga se a intenção do legislador não seria antes um alerta de natureza principiológico do que de dar efetiva força cogente, com acentuado grau normativo, para que os juízes sigam efetivamente a jurisprudência. Para a AJUFE, as locuções dos incisos II, III e IV, respectivamente, “seguirão a orientação”, “deve orientar” e “deve nortear”; têm mais o sentido de obrigatoriedade o que, então, estaria eivada de inconstitucionalidade na medida em que a Constituição só estabelece efeito vinculante, enquanto pronunciamentos judiciais, de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, entre as quais, as súmulas vinculantes. Não se poderia, para a AJUFE, criar outra vinculação por lei ordinária se a Constituição, nesse particular, seria exaustiva. Propõe, assim, uma redação que matize antes um princípio do que efetivamente uma regra (ainda que discutível se um princípio não é, também, uma regra). Arrematando o ponto:

DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 119, 5 ago. 2010 Disponíveis em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1208?sequencia=183>. Acesso em 28 nov. 2023.

³⁰¹ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 198, 2 dez. 2010. p. 55005-55006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2971?sequencia=315>. Acesso em: 28 nov. 2023.

Se interpretarmos no sentido de que ou que esse projeto estaria concedendo, estaria estabelecendo efeito vinculante para outros julgados dos demais tribunais de maneira genérica, nós estaríamos dizendo, na verdade, que o Brasil estaria adotando um sistema de *common law*, um sistema de vinculação necessário dos precedentes judiciais através de lei ordinária, inclusive em arrepio, ao arrepio pleno da Constituição Federal, que, repito, não por acaso reservou o efeito vinculante algumas manifestações dos Supremo Tribunal Federal, não todas³⁰².

Na primeira sessão de discussão do projeto, de 14/12/10, ficou definido, em conformidade com o Regimento Interno do Senado, que a matéria seria debatida em três sessões deliberativas consecutivas. O relator da Comissão Temporária, senador Valter Pereira (PMDB-MS), ao apresentar o projeto, relatou as atividades da Comissão Especial desde a sua instalação, apreciação e votação do relatório final da Comissão de Juristas, além de outras deliberações. Mencionando as dez audiências públicas, destacou a intensa capilaridade do grupo ao enviar o projeto a todos os senadores, abrir franco canal de comunicação com a sociedade e enviar ofícios a uma ampla gama de tribunais, inclusive os especiais, mesmo não sendo o processo civil o seu usual instrumento para o desenvolvimento do seu mister institucional. Nas audiências públicas, registrou a manifestação de 216 pessoas, ao passo que foram recebidos 829 *e-mails* com sugestões, além de 106 notas técnicas das instituições consultadas. Ao projeto, atesta ainda o relator, foram apensados outros 58 projetos de lei da Câmara e do Senado, além de serem apreciadas as 220 emendas a artigos específicos. Ao que interessa o presente estudo, o relator menciona a aproximação do sistema adotado no Brasil, romano-germânico, ao sistema anglo-saxônico, o *common law*, e a uma conseqüente cultura de valorização dos precedentes que permitiria soluções jurídicas uniformes para casos iguais. Nenhuma deliberação ou debate parlamentar, tão só o elogio pelos trabalhos por parte do Sen. Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) e do presidente interino da Casa, senador Acir Gurgacz (PDT-RO), que, não tendo quem pedisse a palavra, encerra a sessão ao tempo que informa que a discussão da matéria seria retomada em sessão deliberativa extraordinária, no dia seguinte³⁰³.

Na sessão seguinte, de 15/12/10, o relator da Comissão Temporária, senador Valter Pereira (PMDB-MS), retoma a apresentação do projeto. Trata superficialmente, para dar alguns exemplos, da figura do *amicus curiae*, do fim da nomeação à autoria,

³⁰² DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 198, 2 dez. 2010. p. 5526-5527. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2971?sequencia=1>. Acesso em: 05 dez. 2023.

³⁰³ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 207, 15 dez. 2010. p. 58550-58555. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3016?sequencia=8>. Acesso em 05 dez. 2023.

do limite de testemunhas, da gestão da prova, da dilação de prazos para diligências das partes. Uma importação é comentada por Sua Excelência: ao tratar do incidente de resolução de causas repetitivas – instituto jurídico de Direito alemão – como uma experiência bem-sucedida, reputa que por aqui o incidente trará resultados extraordinários na diminuição de demandas e na rapidez dos processos. São feitos apenas dois apartes, ambos do Sen. Álvaro Dias (PSDB-PR). Num e noutro, não há mergulho no mérito do projeto. No primeiro, o ressaltado elogioso à forma como o projeto até então caminhou, percorrendo o país, ouvindo o maior número de pessoas possível, sobretudo especialistas. Reputa ser a forma adequada para tratar de outros temas sensíveis à República como a reforma política, tributária e previdenciária. No segundo aparte, não mais que loas aos trabalhos da Comissão de Juristas, em especial ao Min. Luiz Fux por uma postura democrática ao ter percorrido as principais capitais do país, a bem de garantir ampla participação no projeto. O Sen. Alfredo Cotait (DEM-SP), ao assumir a presidência da sessão, erigiu outros quatro destaques do projeto: a penhora *online* de dinheiro; a execução concursal no caso de pluralidade de credores de um devedor comum, verificada a insuficiência de patrimônio para adimplemento de todas as dívidas; a alteração no rol dos recursos, especialmente do agravo de instrumento, renomeado como agravo de admissão; e a adequação constitucional dos dispositivos acerca do cumprimento de sentença de obrigação pecuniária contra a Fazenda Pública. Encerra-se a sessão às 11:33 horas.³⁰⁴

No mesmo dia, 15/12/10, instaura-se a terceira sessão de discussão do PLS 166/10. Dada a palavra ao relator da Comissão Temporária, Sen. Valter Pereira (PMDB-MS), são apresentados ajustes decorrentes de conversas entre senadores com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o Conselho Federal de Contabilidade, com a Comissão de Juristas presidida pelo min. Luiz Fux e com a equipe do próprio relator. O primeiro ajuste, marcando nítido interesse classista, trata da supressão do termo “preferencialmente” no que toca à nomeação de profissional para realizar a perícia em ação de dissolução de sociedade. O segundo ajuste, de olhos para algo que cada vez mais esvanece no país dada o implemento da tecnologia digital, é a multa pelo retardo na devolução de autos pelo advogado. Em suma, o ajuste reconsolida a competência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para

³⁰⁴ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 208, 16 dez. 2010. p. 58757-58760. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3021?sequencia=11>. Acesso em: 07 dez. 2023.

impor e fiscalizar a multa em tais hipóteses. O terceiro, quarto e quinto ajustes tratam, respectivamente, do rol testemunhal e a oportunidade de seu oferecimento; hipótese de impedimento do magistrado em ação em que é parte instituição de ensino na qual ele exerça ou tenha exercido o magistério; e de mero erro material no primeiro parágrafo do art. 998, que, por repetir o teor do *caput*, foi proposta a supressão, sendo, então, o parágrafo segundo convertido em único. Ajustes feitos, o projeto é posto em votação, aberta a palavra aos senadores. Nessa etapa, o primeiro aparte é do Sen. Eduardo Suplicy (PT-SP), que pondera retirar as duas emendas que oferecera. A primeira, considerando os custos operacionais, continha dispositivos que galvanizavam esforços para a preservação e manutenção de documentos, mirando o amplo acesso aos cidadãos a documentos que pudessem conter importância histórica. A segunda, nascida de sugestão da ministra Eliana Calmon, impedia advogado de postular em órgão do Poder Judiciário, de qualquer instância, cujos quadros tivessem, a qualquer título, magistrado que fosse seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. A retirada, afirmou, veio de uma segunda sugestão, do Min. Luiz Fux, que anteviu possível inconstitucionalidade. O segundo aparte, do Sen. Acir Gurgacz (PDT-RO), apenas elogia a dedicação do presidente da Comissão Temporária, Sen. Valter Pereira, e estende cumprimentos ao Min. Fux. Na sequência, o fluxo de elogios segue a natural jusante com o Sen. Romero Jucá (PMDB-RR) que, elogiando o espírito republicano do Sen. Suplicy por retirar as emendas, parabeniza os trabalhos dos presidentes da Comissão de Juristas e da Comissão Temporária, Min. Luiz Fux e Sen. Valter Pereira, e pontua que explicará em Plenário sua divergência quanto à forma do encaminhamento da matéria. O Sen. Heráclito Fortes (DEM-PI), então, toma a palavra e pede a leitura do requerimento (997, de 2010) à mesa da presidência. Trata da apresentação ao Plenário do parecer sobre eventuais emendas em turno suplementar e a dispensa de todos os interstícios regimentais, isto é, de eventuais lapsos temporais que de certa forma retardassem o trâmite do processo. O requerimento é prontamente aprovado. Na sequência de outros elogios do Sen. Delcídio Amaral (PT-MS) ao presidente da Comissão Temporária, o que é repetido pelo Sen. Antonio Carlos Júnior (DEM-BA), que aproveita a fala para profetizar o fim da lentidão do Poder Judiciário, uma vez que o novo código eliminaria burocracias e recursos e também simplificaria o caminho do cidadão à Justiça; novamente é dada a palavra ao Sen. Eduardo Suplicy (PT-SP) que, a despeito de uma das emendas que propôs a retirada, contemporiza e

busca algo inusitado: o consenso entre juristas. Aduz que teve, no ínterim das falas em Plenário, breve conversa com a ministra Eliana Calmon, segundo a qual não via a potencial inconstitucionalidade erigida pelo Min. Fux, posição que seria igualmente endossada pelo então Min. do STF, Carlos Ayres de Brito. Diante do quadro, propôs melhor diálogo entre Fux e Calmon nos subseqüentes trabalhos na Câmara dos Deputados, ressaltando que sua falta de formação jurídica não permitia vislumbrar a constitucionalidade ou não do tema³⁰⁵.

Ainda na derradeira sessão, após a aprovação do Requerimento 999, que encerrou a fase de discussão, foram apresentados outros três (1000 a 1002) para votação. Sumarizando, o primeiro requerimento trata da representação jurídica de entes federativos e a atuação dos seus procuradores frente aos respectivos poderes legislativos. O segundo, trata da remoção de dispositivos processuais que visassem a conservação de documentos, como ponderou o Sen. Eduardo Suplicy. O terceiro requerimento, enfim, trata justamente da dispensa de interstício no trâmite do projeto, com sua imediata apreciação, conferindo à solenidade o tom de turno suplementar, a bem de respeitar o Regimento Interno. Assim foi que todas as suas excelências “permaneceram sentados” – não indicando objeção ao texto legal – de modo que ele foi aprovado, determinando-se a sua remessa à Câmara dos Deputados, não antes de outras trocas elogiosas entre líderes³⁰⁶.

Pelo que se têm das três sessões de discussão do PLS 166/10 no Senado, embora o nome da solenidade, houve pouca *discussão* parlamentar, levado o termo ao seu sentido mais enxuto. A bem da verdade, como se expôs, além das costumeiras e enfadonhas arengas elogiosas aos presidentes de comissões pelo incansável e laborioso trabalho, as três sessões não fizeram muito mais do que exporem superficialmente o projeto pelo relator da Comissão Temporária, que em suas digressões se ocupou em explanar sobre os novos institutos concebidos pelo projeto, como o citado *amicus curiae* e o incidente de resolução de demandas repetitivas; sobre a abolição de antigos institutos, como a reconvenção e o fim da diversidade de prazos para os recursos; além de perpasses comparativos entre o código vigente e o que se propunha. Exames revestidos de maior concretude, que se debruçassem sobre

³⁰⁵ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 208, 16 dez. 2010. p. 58988-58999. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3021?sequencia=11>. Acesso em: 15 dez. 2023.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 58988-58999.

os problemas então existentes e, sob o cunho teleológico, buscassem a resolução não são, efetivamente, vistos nos debates. Com efeito, é notável que a fala, em seu aspecto subjacente, não escapou de um espírito segundo o qual o novo instrumento do processo civil brasileiro desafogaria as cortes e incensaria a tão desejada segurança jurídica. Tudo isso, num passe de mágica, em tom salvacionista. Mas, conquanto a grandiloquência na exposição – soando, às vezes, tom messiânico –, como ressaltado, houve pouca discussão parlamentar em seu sentido clássico, de debates orais, em que o agente legislativo se ocupa da tribuna para o seu mister persuasivo, isto é, quando o parlamentar *parla*. Não escapa também um certo conformismo na fala parlamentar, como se sua participação no projeto fosse relegada a segundo plano diante do que fora construído pelos juristas, *experts* na matéria. Isto, aliás, fica bem claro no dito tom salvacionista tão empregado e o frequente aceno elogioso não apenas aos trabalhos da Comissão de Juristas como um todo, mas às pessoas que o integraram, cujo vértice é o Min. Fux. Evidentemente que não se compara a expertise em processo civil entre o grupo de juristas e os agentes legislativos, mas, lado outro, espera-se destes, na qualidade de representantes do povo e como conducentes do projeto, uma postura mais ativa, menos subserviente a interesses classistas e que, na esteira das racionalidades apontadas no tópico anterior, procurasse mirar, entre outros fatores, as consequências possíveis de um projeto de lei que altera o paradigma jurídico nacional.

Examinadas as sessões de discussão parlamentar, ocas quando se considera o termo em seu sentido estrito, resta o exame sobre as emendas apresentadas ao projeto. Ora, no início de cada uma das três sessões foram apresentadas emendas, 106 ao todo, isto sem contar as demais propostas quando do retorno do projeto da Câmara dos Deputados, o que ocorreu em 1º de abril de 2014. Acrescente-se, ainda, as sugestões encaminhadas por associações, institutos, entidades de classe, doutrinadores e até mesmo as recebidas pelo Alô Senado³⁰⁷, órgão da Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública que entre 27 de agosto a 30 de setembro de 2010 recebeu 740 mensagens, entre eletrônicas e telefônicas, as quais, após tratadas, foram encaminhadas à Comissão Temporária. Dessa forma, cumpre à pesquisa esmiuçar

³⁰⁷ BRASIL. Senado Federal. **Ofício nº 1.883/2010 SEPOP**. Brasília, DF: Senado Federal, 8 out. 2020. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550576&ts=1630412444458&disposition=inline&_gl=1*q1g4x3*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjE2OTcuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

esse grande acervo sob a lupa que mire os *critérios* que consideraram importante instaurar um *sistema precedentalista* por aqui.

De todas as emendas apresentadas, somente a de número 86, do Sen. Francisco Dornelles, é o que se têm de mais próximo a uma discussão preocupada em relação às importações de institutos estrangeiros ao nosso sistema processual³⁰⁸. Só que, diferentemente do objeto desta pesquisa, a alteração proposta é ciosa tão só pela exclusão do incidente de resolução de demandas repetitivas, que, na topografia do projeto estava prevista entre os artigos 895 a 906. Alegando que o instrumento análogo ao Direito alemão refugiria do grande objetivo de acelerar os processos e desafogar as cortes, sustenta, com base em parecer de comissão do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), ser inadequado ao nosso sistema jurídico a ideia de uniformização de posicionamentos judiciais de cima para baixo, isto é, dos tribunais superiores aos inferiores, o que, ainda de acordo com a emenda, seria supérfluo vez que o projeto já havia contemplado o instituto da rejeição liminar da demanda, disciplinado o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, além de contar com a súmula vinculante. Assim, à queima roupa, propõe a exclusão do instituto, sem oferecer medidas que o aperfeiçoassem ou ao menos que ampliassem o debate sobre a alegada incompatibilidade do instituto ao sistema processual brasileiro. Por outro lado, mas sem trazer à tona a questão da importação de instituto estrangeiro, a Emenda 87 do Sen. Adelmir Santana propõe a adoção de identidade das questões fáticas para a instauração do incidente em comento³⁰⁹.

Quanto às sugestões da sociedade civil (genericamente, as entidades fora do Governo ou da Administração Pública) ou das entidades relacionadas às instituições públicas (entidades de classe de autoridades ligadas ao Direito), embora em número expressivo, poucas delas levantaram o estandarte a respeito da cultura jurisprudencial que ora se examina a importação. Tem-se do Centro de Apoio aos Juízes do Fórum

³⁰⁸ DORNELES, Francisco. **Emenda n. 86 ao PLS n. 166/2010**. Busca a supressão de todo o Capítulo VII, do Título I, do Livro IV, correspondente aos artigos 895 a 906, do Projeto de Lei no Senado n° 166, de 2010, procedendo-se às alterações decorrentes da supressão proposta, nos dispositivos que se referem a este incidente. Brasília, DF: Senado Federal, 26 ago. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550360&ts=1630412442691&disposition=inline&_gl=1*198i5jv*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMzQzNDQ1MS4yMS4xLjE3MzMDM0MzY4NjkuMC4wLjA. Acesso em: 24 dez. 2023.

³⁰⁹ SANTANA, Adelmir. **Emenda n. 87 ao PLS n. 166/2010**. Propõe alteração no artigo 895 ao Projeto de Lei n. 166, de 2010. Brasília, DF: Senado Federal, 27 ago. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550405&ts=1630412443055&disposition=inline&_gl=1*198i5jv*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMzQzNDQ1MS4yMS4xLjE3MzMDM0MzY4NjkuMC4wLjA. Acesso em: 24 dez. 2023.

João Mendes Júnior (CAJ) o pleito pela supressão integral do artigo 847 do PLS 166/10, dispositivo seminal da importação em exame e que vela pela uniformização e estabilidade da jurisprudência³¹⁰, sob o argumento de que questões afetas ao livre convencimento do juiz devem ser de alçada constitucional, quedando preferência por enunciados sumulares que impeçam a ascensão recursal em detrimento das vinculantes³¹¹.

Por outro lado, análise crítica é feita pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM). No texto dirigido ao relator do PLS 166/10, a entidade traz semelhante preocupação ao objeto desta pesquisa, indo mais além. Obtemperam que o incremento de ampla, positiva e vinculativa força normativa ao Poder Judiciário, fenômeno já notado via emenda constitucional e que até então era reservado apenas ao Legislativo, à míngua de legitimação democrática, descamba em ativismo judicial ou judicialização da política e da economia. Seria um *déficit* democrático de um órgão não composto por representantes eleitos e que, para contornar, buscaria a ampliação da participação processual como as audiências públicas e a maximização subjetiva das partes e interessados processuais, como é o caso do *amicus curiae*. A pertinência induz a transcrição de boa parte do documento:

O Brasil vem alterando o plano de sua normatividade para ampliar e aprofundar os efeitos das decisões judiciais e, sobretudo, da jurisprudência por meio da adoção de institutos típicos dos países anglo-saxões (*case law*). A norma escrita editada pelo legislador perde força à luz das teorias que reforçam a abertura dos textos normativos, até mesmo daqueles que pareçam seguros e claros em sua redação, abrindo espaço para a interpretação judicial dos seus efeitos.

³¹⁰ “Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I- sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II- os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III- a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV- a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado n. 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1630412442152&disposition=inline&_gl=1*1dqahj8*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0ODI2OTAuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

³¹¹ CENTRO DE APOIO AOS JUÍZES DO FÓRUM JOÃO MENDES JÚNIOR (CAJ). **Ofício nº 35/2010**. São Paulo, 8 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550450&ts=1630412443424&disposition=inline&_gl=1*itsmhw*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ2ODUuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

As alterações também foram procedidas por meio de emendas constitucionais que ampliaram ou reforçaram o poder normativo das decisões judiciais, conferindo-lhe vinculatividade ampla de índole antes reservada aos atos legislativos positivos típicos.

Este movimento recebe algumas alcunhas, tais como ativismo judicial ou judicialização de política e da economia. Mas o fato é que há uma ampla modificação do equilíbrio entre os Poderes constituídos no Brasil.

Estas mudanças sofrem a crítica do *déficit* democrático da institucionalização da nomogênese estatal em órgãos não compostos por representantes eleitos. Os Tribunais brasileiros vêm tentando superar a alegada falta de legitimação para exercer atividade normativa positiva mediante, v.g., a abertura da participação no processo, com a realização de audiências públicas e a pluralização subjetiva das partes e interessados processuais por meio de figuras também novas, como o *amicus curiae*.

É fato também que estas mudanças foram secundadas por algumas modificações das leis processuais, mas ainda há amplas e graves omissões nas previsões acerca:

- 1) da regulação dos procedimentos para adoção de decisões que geram vinculação ou efeitos panprocessuais, e sua superação (v.g. *Overruling*); bem como
- 2) da regulação dos efeitos das mesmas, inclusive sanções, e ainda (efeitos executivos, celeridade);
- 3) dos instrumentos para disciplina de relações havidas sob égide de normas ou atos considerados nulos (v.g. EUA – *fall back provisions*).

A construção destes mecanismos vem sendo feita lentamente pelos Tribunais brasileiros, sem a prévia discussão democrática no âmbito do Poder Legislativo. Contudo, a consolidação dos novos instrumentos e de um novo sistema jurisdicional (híbrido, agora) poderá levar 20 (vinte) anos.

Esta lentidão gera profunda insegurança jurídica para sociedade, mas, sobretudo, para os agentes econômicos, cujas decisões de investimento e desenvolvimento de suas atividades no país mira um cenário de grande incerteza.

Assim, parece conveniente que a reforma do CPC, atualmente em curso de estudo e discussão, deva implementar no Brasil instrumentos adequados à tradução destes instrumentos típicos do *case law*, atento à realidade formalista tradicional do direito escrito de origem européia continental, buscando sua harmonização³¹².

A ANPM percorre dois eixos para solucionar a questão: pela transparência das decisões judiciais e pelos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade. Quanto ao primeiro, destacando a necessidade de análise de todos os fundamentos ventilados pelas partes e como se daria a fixação e a superação de precedentes judiciais, sugere o seguinte dispositivo:

Art___ O juiz e os órgãos colegiados serão obrigados a conhecer e a apreciar todos os fundamentos de fato e de direito apresentados pelas partes, quando proferirem decisão de mérito, ainda que interlocutória.

³¹² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS (ANPM). **ANPM 0293/2010**. Porto Alegre, 14 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550504&ts=1630412443857&disposition=inline&_gl=1*ltsmhw*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ2ODUuMC4wLjA. Acesso em: 04 jan. 2024.

Parágrafo 1º As peças processuais que cite jurisprudência, assim como as decisões judiciais proferidas com esse conteúdo, devem conter confrontação analítica dos julgados com o caso em julgamento.

Parágrafo 2º. O conhecimento e reapreciação de matéria já decidida pelo Poder Judiciário com efeitos vinculantes ou panprocessuais só poderá ser realizada se apontados pela parte os novos fundamentos que, não apreciados nos julgamentos anteriores ou que tenham sofrido mutação em sua compreensão axiológica ou normativa, levem a nova e suficiente fundamentação para superação do precedente³¹³.

Quanto ao segundo eixo, tocante aos efeitos da inconstitucionalidade, sugere:

Art__ As decisões do Supremo Tribunal Federal que declarem em definitivo a nulidade de norma ou ato em face da Constituição, com efeitos 'ex tunc', deverão fixar prazo de no máximo 90 (noventa) dias para que o Poder Legislativo correspondente discipline as relações jurídicas surgidas sob a vigência da norma ou ato inconstitucional³¹⁴.

Outra sugestão que toca o tema, embora de forma oblíqua, veio da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Quanto ao inciso IV do art. 847, propôs que o norteamento das decisões do (STF) e tribunais superiores seja dado em função dos princípios da eficiência na prestação jurisdicional e da duração razoável do processo, e não os princípios da legalidade e isonomia, como constava no projeto. Além do mais, sugeriram impor carga de fundamentação específica às decisões que desviassem da jurisprudência dessas cortes³¹⁵.

Nessa conjuntura, a introdução de mecanismos que fazem da jurisprudência o norte do Direito foi, para o Conselho Federal da OAB, objeto de receio, pois para ela se extirparia o livre convencimento do juiz ao reboque de um recrudescimento ao acesso ao judiciário e engessamento da jurisprudência. Considerou importante a verticalização do debate e a realização de pesquisas científicas orientadas para averiguar se as mudanças propostas inibiriam ou não o acesso ao judiciário. Ao tratar do que reputou uma mudança cultural profunda, a excelsa instância da advocacia brasileira pontuou:

³¹³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS (ANPM). **ANPM 0293/2010**. Porto Alegre, 14 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550504&ts=1630412443857&disposition=inline&_gl=1*Itsmhw*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ2ODUuMC4wLjA. Acesso em: 04 jan. 2024

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Sugestões ao PLS nº 166/2010**. [S. l.], 8 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550558&ts=1630412444311&disposition=inline&_gl=1*162rj9j*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ3NDEuMC4wLjA. Acesso em: 06 jan. 2024.

Efetivamente, nesse aspecto, a proposta contida no Anteprojeto é inovadora em relação à cultura nacional consolidada, que sempre adotou como fundamento das demandas judiciais o entendimento contido na norma legal. A lei sempre orientou a sociedade. A proposta, agora, é a de que a jurisprudência, como intérprete da lei, oriente a sociedade. E são os tribunais quem dirão qual o sentido da lei. Não haverá outro intérprete³¹⁶.

Sugeriu apenas a modificação do artigo 847, para que constasse expressamente que a uniformização e a estabilidade da jurisprudência não afastem o acesso ao judiciário nem mitiguem o direito de petição³¹⁷.

Pessoa que subscreve *email* ao relator sob a alcunha de “F. Pires” (endereço de *email* piresejulia20@uol.com.br) considera o *jude made law* incompatível à tripartição de poderes, dada a invasão de prerrogativas do legislativo. Ainda, tal consentiria ao judiciário mais que um poder, um salvo-conduto institucional ao arbítrio. O texto crítico vem desacompanhado de propostas de mudança³¹⁸.

Foram estes, então, os poucos encaminhamentos sobre a introdução de mecanismos do *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro na abertura de sugestões da sociedade civil, advogados, *experts*, autoridades e servidores públicos em geral. Fala-se *poucos* na comparação ao manancial encaminhado ao Senado Federal, um franco sistema multiportas que dispôs, inclusive, do comentado Alô Senado para receber propostas. A despeito disso, ao que se notou da anêmica discussão parlamentar, aparentemente a questão não provocou suficientemente.

Recordando, ao retorno do PLS 166/10 ao Senado, ele passou a tramitar como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD), seguindo a determinação do já citado art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal. Nessa condição, outras questões foram apreciadas. Eminentemente com correções semânticas e supressões de termos, nenhuma das 186³¹⁹ emendas ao substitutivo sequer tangenciou por critérios para a importação de institutos do *common law* ao processo civil brasileiro. Nenhuma fez reflexão crítica – embora não seja bem a crítica a função das emendas, mas a

³¹⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Sugestões ao PLS nº 166/2010**. [S. l.], 8 set. 2010. p. 275. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550558&ts=1630412444311&disposition=inline&_gl=1*162rj9j*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ3NDEuMC4wLjA. Acesso em: 06 jan. 2024.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 279.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 447.

³¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Substitutivo da Câmara**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202729&ts=1630429504807&disposition=inline&_gl=1*hq6o62*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDM5NDY2MS4yMi4xLjE3MDQzOTUwNDEuMC4wLjA. Acesso em: 04 jan. 2024.

proposição de mudanças – sobre o sistema de precedentes que teve o gérmen no artigo 847 do projeto, e que, pelo natural tramitar do processo, com os enxertos apresentados, foi parar no artigo 926 e seguintes, o qual, como afiançado, muda ou acentua a mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro.

Vive-se um Direito jurisprudencial no Brasil, e quanto a isso não há dúvidas, como dito e repetido *ad nauseam*. Divergem os autores apenas quanto à extensão, a medida em que isso se dá, isto é, uns consideram que se instaurou um franco sistema precedentalista ao passo que há posição um tanto mais conservadora, que considera tratar-se apenas de um sistema híbrido. Isso já foi visto na introdução do trabalho. Se o cenário sobre os *critérios* para a importação de institutos do *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro é desalentador, faz-se necessário percorrer outras frentes. Abre-se, então a seguinte questão: uma vez instaurado e tendo sido edificado sob reduzida carga reflexiva, para quê, afinal, essa mudança? Ou indo mais além, quais benefícios e malefícios trouxe? Uma primeira análise pode ser relacionada à superação do Positivismo Jurídico, o tópico sequencial.

3.4 Direito jurisprudencial para quê? O *judge made law* como caminho para a superação do Positivismo Jurídico

Embora à primeira vista pareça um desvio despropositado examinar o Positivismo Jurídico quando a pesquisa já tenha tratado dos aspectos históricos que formaram o Direito na dita Civilização Ocidental (Grécia Clássica e Roma Antiga) e as suas conseqüências tradições jurídicas (*common law* e *civil law*); tenha observado a herança jurídica do Brasil e a crítica da sua notável mutação ao longo dos últimos tempos; tenha estudado para tão logo refutar a *mens legislatoris*, enquanto possibilidade de esquadrihar plenamente a *vontade do legislador*; tenha cotejado as racionalidades que subjazem as atividades legiferantes e adjudicantes; e tenha examinado o processo legislativo no Senado que deu vida ao CPC de 2015, no que toca à introdução de um sistema *precedentalista* no ordenamento jurídico nacional; tem-se que a correlação entre o objeto da pesquisa – a busca pelos critérios para a importação no ordenamento brasileiro de caracteres de *judge-made law* – e o Positivismo Jurídico é importante em função de uma tentativa (ainda que não intencional) de o primeiro superar o último. Quanto menos, a correlação é útil, visto

que se está diante de uma “das propostas que, na história do pensamento jurídico, mais influenciaram o Direito – o positivismo jurídico”³²⁰. Pois bem.

O Positivismo Jurídico, em linhas gerais, tende a aceitar que nos casos de lacuna ou ambiguidade da norma, seja dada certa *discricionariedade* ao juiz para a solução da lide³²¹. Embora as multifacetadas espécies, o elemento *discricionariedade* é inescapável quando o assunto é *decisão* no contexto de Juspositivismo, sobretudo quando se está diante de um caso difícil (*hard case*³²²). Não fosse assim, até vertentes díspares como a do *positivismo normativista* de Hans Kelsen e a do *positivismo inclusivo* de Herbert Hart discordariam sobre a *discricionariedade* como solução à insuficiência da norma³²³.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 149. Nessa via, o despertar da intelectualidade brasileira no séc. XIX recebeu grande influxo da filosofia positivista, tão entranhada que, talvez, explique o porquê ainda espriar-se aos dias de hoje, embora tíbio. Ressalta Dante Moreira Leite: “a filosofia que maior projeção obtém no Brasil é a positivista, na sua versão comtiana”. LEITE, Dante Moreira. **O caráter nacional do brasileiro**: história de uma ideologia. 8. ed. São Paulo: Unesp, 2017. p. 318-320. p. 406.

³²¹ Não à toa, o verbete *discricionariedade* do Dicionário de Hermenêutica de Lênio Streck é inaugurado com a seguinte oração “Trata-se da principal característica do positivismo jurídico”. Com efeito, a *discricionariedade*, que para Lênio Streck na prática forense brasileira acaba sendo sinônimo de arbitrariedade, ganha proeminência diante do Positivismo Legalista (exegético, francês ou primitivo), que viu florescer ao longo de todo o séc. XX teorias e propostas metodológicas para superá-lo. Como enfatiza: “Esse fator [*discricionariedade*] também pode ser demonstrado do seguinte modo: todas essas teorias e propostas metodológicas do século XX nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo. Esse é um ponto absolutamente fundamental: não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um *discricionário* ‘espaço de manobra’; ou, ainda, que ‘já não estamos sob a égide do juiz boca da lei’”. À jusante desse pensamento, tem-se que essa vertente de juspositivismo equipara o Direito à lei, entendendo que a hermenêutica é mera subsunção. Como se verá, o fenômeno é multifacetado, vestiu várias roupas ao longo do tempo, nos diversos países e, mesmo para aqueles que ainda estavam dentro do escopo juspositivista, houve a tentativa de, quanto menos, abrandar a questão da *discricionariedade*. É o caso do Positivismo Crítico de Luigi Ferrajoli, que, segundo Lênio Streck, acredita “em uma séria teoria da legislação capaz de impor, por meio de leis de atuação (garantias), a máxima determinação semântica da linguagem legal e com isso minimizar a margem da atuação arbitrária do poder judiciário, que, infelizmente, de fato, cria o Direito, mas cria um Direito ilegítimo, pois desvinculado de sua fonte de legitimação que é a lei constitucionalmente válida”. Além do verbete *discricionariedade*, recomenda-se a leitura dos verbetes *Hermenêutica jurídica*, *Positivismo jurídico* e *Pós-positivismo*. STRECK, *op. cit.*, p. 53-54, 89-95, 159, 189-192.

³²² O termo *hard case*, mais que o significado léxico de *caso difícil*, é vastamente usado em obras jurídicas de outras línguas que não o inglês. A locução repetida amiúde em textos jurídicos, para os fins deste estudo se refere aos casos conceituados por Ronald Dworkin como os que “não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte”. São, portanto, casos em que a lei não dá balizas seguras e nem há precedentes jurisprudenciais. Casos controversos. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. xvi. Georges Abboud, por outro lado, afirma que “No contexto do *common law*, o ativismo relaciona-se com a dicotomia *easy cases vs hard cases*, desenvolvido por Herbert Hart”. ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 55.

³²³ STRECK, *op. cit.*, p. 176-197. Para especificamente ler a crítica sobre a ausência de uma teoria da decisão no contexto do Positivismo Jurídico, vide p. 197-204.

Quanto a Hans Kelsen, embora sua *magnum opus* (*Teoria pura do direito*) refute posições sobre a teoria das lacunas das normas³²⁴ para justificar a discricionariedade como elemento de sistemas jurídicos sob normas hierarquizadas, aduz que

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. [...]

Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças³²⁵.

Assim, o que Hans Kelsen chama de *interpretação* é bem na verdade a liberdade que confere verniz de juridicidade à *discricionariedade*, veja-se:

Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto - à sentença judicial, por exemplo³²⁶.

Já Herbert Hart parte da *textura aberta do Direito*, pela qual mesmo funcionando na maioria dos casos, a norma tende a ser considerada imprecisa em algum ponto, independentemente da sua origem. Seja a estabelecida em precedente judiciário (como no *common law*) ou pela legislação (como no *civil law*)³²⁷. Assim, considera que as normas jurídicas são *standarts* que, sem constituir contradição, limitam sem excluir a discricionariedade dos tribunais.

³²⁴ Sobretudo a colmatação, que é quando juízes criam a norma para decidirem um caso concreto, para o qual o ordenamento é lacônico. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 273.

³²⁵ *Ibid.*, p. 388-389.

³²⁶ *Ibid.*, p. 392.

³²⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 166-167.

Quando se atinge a área de textura aberta, muitas vezes tudo o que podemos oferecer como resposta à pergunta ‘Qual é o direito existente sobre esse assunto?’ é uma previsão cautelosa sobre a atuação futura dos tribunais. [...], e, em grau variável, no primeiro, o fundamento de tal previsão é o conhecimento de que os tribunais consideram as normas jurídicas não como previsões, mas como padrões que devem ser seguidos nas decisões – e como padrões suficientemente precisos, apesar de sua textura aberta, para limitar, embora não para excluir, a discricionariedade do tribunal³²⁸.

Conquanto toda a consistência da teoria de Herbert Hart, responsável por revolver a prostração da academia jurídica do seu tempo, um brilhante aluno seu, Ronald Dworkin, apresentou teoria paradigmaticamente disruptiva. Para o pupilo de Herbert Hart, o Direito é uma prática social de natureza argumentativa³²⁹ e não um sistema que prescreve condutas e regras, como a visão juspositivista. Assim, vendo o Direito como um conceito eminentemente interpretativo, Ronald Dworkin assume postura argumentativa a seu respeito e não pelo viés de um bloco de regras³³⁰. Nesse caminho, sustenta que a *discricionariedade* é o elemento que se infiltrou na comunidade jurídica e veio a ser naturalizado pelo Positivismo Jurídico³³¹, assumindo dois sentidos: um fraco, quando não são mecanicamente aplicáveis os padrões decisórios que uma autoridade pública deve tomar, exigindo-se certa capacidade de julgar; e um forte, em que para determinados assuntos o intérprete/aplicador não está limitado aos padrões estabelecidos pela autoridade, o que é propriamente a saída apontada por juspositivistas em caso de lacuna da norma. Tanto é assim que em sua visão de Positivismo Jurídico “Os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”³³²⁻³³³. Aliás, a rejeição do autor ao

³²⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 190.

³²⁹ SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 173.

³³⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 01.

³³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 49.

³³² *Ibid.*, p. 49-55.

³³³ Em *O império do direito*, a questão aparece sob outro nome: “convencionalismo estrito e moderado”. O primeiro “deve declarar uma ‘lacuna’ no direito, que requer o exercício de um poder discricionário extra legal por parte do juiz para criar um novo direito sempre que uma lei for vaga, ambígua ou problemática de alguma maneira, e não houver outra convenção sobre o modo de interpretá-la. Ou quando a intenção de uma cadeia de precedentes for incerta, e os juristas não chegarem a um consenso sobre sua força. Contudo, o convencionalista moderado não precisa admitir nenhuma ‘lacuna’ em tais casos. Pode afirmar, de modo plausível, que existe uma maneira correta, ainda que polêmica, de interpretar as convenções abstratas da legislação e do precedente, de tal modo que elas decidam qualquer caso que possa surgir. [...] No convencionalismo moderado, nada assegura – nem mesmo promove – o ideal das expectativas asseguradas, segundo o qual as decisões do passado só serão tomadas por base para justificar a força coletiva quando sua autoridade seus termos forem inquestionáveis sob a perspectiva das convenções amplamente aceitas. [...] O convencionalismo estrito afirma que os juízes são liberados da legislação e dos precedentes nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 155,157 e 158.

Positivismo Jurídico, notadamente à discricionariedade em sentido forte, fica bem evidente no seu conceito de *direito como integridade (law as integrity)*, que, para exemplificá-lo em seu momento de aplicação, demanda que

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos³³⁴.

Os recortes sobre dois grandes expoentes do Positivismo Jurídico e o arremate com um dos seus maiores detratores parece não alcançar em plenitude o propósito deste tópico, que é o de enxergar o porquê hipotético da introdução de caracteres de Direito jurisprudencialista ao contexto brasileiro.

Dessa forma, a problematização do Positivismo Jurídico demanda outras tantas considerações e maiores minudências a seu respeito. A elas, então.

3.4.1 Considerações sobre o Positivismo Jurídico

Parece um bom ponto de partida trazer a máxima de Thomas Hobbes que sufraga o Positivismo Jurídico e, de lambujem, esboça dois elementos essenciais à sua compreensão. Teria afirmado o autor de *Leviathan*: “*auctoritas, non veritas facit legem*”³³⁵, exprimindo a ideia de que é a autoridade (*humana*) e não a razão a responsável por “fazer” o Direito.

Decupando a frase para extrair maiores significados, contrária ao conceito transcendental jusnaturalista, pois não seria um ente temporal mas o homem o criador do Direito, a máxima confere o primeiro ponto caracterizador do juspositivismo: *a tese das fontes*. Ainda, reduzindo o Direito a ato volitivo da autoridade³³⁶, há o segundo

³³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305.

³³⁵ HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004. p. 37. A consideração de que essa frase constituiu uma boa síntese do Positivismo Jurídico parece ser uma quase unanimidade doutrinária. Por todos, cita-se Bobbio na obra inteiramente dedicada ao movimento *O Positivismo Jurídico*. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 36-37.

³³⁶ Conquanto não seja o assunto a ventilar no momento, impossível olvidar algumas considerações de uma das maiores *autoridades* da Filosofia/Ciência Política ao examinar a questão da *autoridade* e sua degenerescência, o *autoritarismo*. Hannah Arendt, se tornou notória por obras que abordam as origens do totalitarismo e pelo verniz de trivialidade com que o mal pode receber em um Estado totalitário. Fala-se, respectivamente, de *As origens do totalitarismo* e da obra que cobriu o julgamento do oficial nazista Adolf Eichmann, capturado pelo serviço secreto israelense, o Mossad, em 1960: *Eichmann em Jerusalém*. Já em passagens na obra *Entre o passado e o futuro* (ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016), Hannah Arendt revela grande

ponto: *a tese da separabilidade* entre Direito e Moral³³⁷. Assim, o pensar do *precursor do positivismo jurídico*³³⁸, para fins práticos e no que toca à tese das fontes, é dilucidado quando ele afirma que

O roubo, o assassinio e todas as injúrias são proibidos pela lei de natureza; mas o que há de se chamar roubo, o que assassinio, adultério ou injúria a um cidadão não se determinará pela lei natural, porém pela civil. Pois roubar não é tirar de outra pessoa qualquer coisa que ela possui, mas apenas o tirar-lhe os bens; ora, o que é nosso e o que é dele compete à lei civil dizer. Da mesma forma, o assassinato não é qualquer homicídio, mas apenas aquele que a lei civil proíbe; nem toda união carnal com uma mulher constitui adultério, apenas a que está proibida na lei civil. [...] Portanto, o que é o roubo, o assassinio, o adultério, e de modo geral a injúria, deve ser dito pelas leis civis, isto é, pelas ordens daquele que possui a autoridade suprema³³⁹.

No entanto, antes bastasse a sintética frase *hobbesiana* para saciar a definição sobre o Positivismo Jurídico. Como asseverado, serve de bom ponto de partida, claro, mas tomá-la em sentido exauriente equivale a julgar a noz pela casca. Afinal, no dizer de Lenio Streck, o Positivismo Jurídico é “um fenômeno complexo”, especialmente

ceticismo com a autoridade, que a modernidade legou a uma memória de outrora. A constante crise dela, “sempre crescente e cada vez mais profunda”, enevoa os conceitos e leva até cientistas políticos a se confundirem, especialmente nos conceitos de obediência e força, sendo a primeira pressuposta da autoridade (legítima) e a segunda o elemento garantidor do poder do autoritário. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 134-135.

³³⁷ O conceito bivalve ora em comento é precisamente laborado por Gilberto Morbach no capítulo 2º, Parte I, para ser exato, nas páginas 56-76 do já citado *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*, ao qual recomenda-se a leitura. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

³³⁸ Qualificativo por Cattaneo, para quem a tríade Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e John Austin é, respectivamente, o precursor, o iniciador e o construtor do positivismo jurídico na Inglaterra. (CATTANEO, Mario Alessandro. **Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)**. Milano: Giuffrè, 1962. p. iii). Um ponto a ser levantando, todavia, é o fato de que mencionado epíteto não é irrefragavelmente imune às críticas. Gilberto Morbach, na obra citada na nota antecedente, traz um rico apanhado de autores que põe na berlinda se Hobbes era, de fato, um positivista jurídico. Aduz que autores como George H. Sabine e David Dyzenhaus defendem que Hobbes era jusnaturalista. Pontua, ainda, a concessão estabelecida por Sean Coyle que mantém Hobbes no espectro juspositivista, mas considera intrigante ele ser tão associado como tal, dadas as percepções do filósofo inglês sobre a interrelação do Direito natural com as leis positivas. (MORBACH, *op. cit.*, p. 63-66. Nesse caminhar, em capítulo que trata do jusnaturalismo, Bobbio sublima a dúvida sobre espectro juspositivista em Hobbes se valendo de um tema muito batido na obra do filósofo inglês: a antítese entre a sociedade dita civilizada e o estado de natureza. Bem dizendo, a necessidade da criação do Estado, detentor de toda a força para conter a anarquia permanente, na qual os homens lutam entre si incessantemente, ou seja, a fórmula *hobbesiana* “*bellum omnium contra omnes*”. Criticando trecho de *Do cidadão* de Hobbes, sustenta o jurista italiano: “lembramos Hobbes, que descreve o estado de natureza como um estado de guerra perpétua, para depois tirar dessa descrição a lei natural fundamental: *a paz deve ser buscada*. Mas ele realmente extraiu uma prescrição de uma descrição?” (BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. p. 208). Isto é, com tal afirmação teria Hobbes lançado um juízo de valor, pondo o labéu à guerra. Ora, para Bobbio, o movimento que deduz prescrições morais de juízos fáticos é típico de jusnaturalistas, que creem na existência de uma lei natural fundamental.

³³⁹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 112-113.

diante “[d]os diversos positivismos que foram se forjando ao longo dos séculos”³⁴⁰. O autor reprocha também as constantes confusões terminológicas que meandram o tema: “não se pode confundir Direito positivo com positivismo”³⁴¹.

Confusões de lado, é paradoxal a fartura sobre as concepções e teorias do Positivismo Jurídico, mas a escassez sobre sua historicidade. De olho nessa perplexidade, aliás, Norberto Bobbio advoga a existência de “uma história do jusnaturalismo (acredita-se que a história da filosofia do direito coincida com a da doutrina do Direito Natural), mas não há, que eu saiba, uma história ampla, documentada, exaustiva do positivismo jurídico”³⁴².

Pois bem, ainda sob inspiração de máximas, a “mais clássica máxima positivista”³⁴³, pode auxiliar na problemática. Tal qual a *hobbesiana*, ao cancelar o tom fugidio da Moral ao Direito no Juspositivismo, também aquilatou o denominado *command theory of law* (concepção imperativista do Direito). Proferida por John Austin, fundador da *analytical jurisprudence*, e considerado o mais influente jurista inglês do séc. XIX³⁴⁴, além de *construtor* do juspositivismo inglês³⁴⁵, diz:

The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry: whether it be or be not conformable to an assumed standard a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation³⁴⁶.

Traduzindo livremente, “a existência do Direito é uma coisa, seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma coisa; estar de acordo a um padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos”. Partindo dessa máxima, Norberto Bobbio diz serem três os vieses *austinianos* sobre o Direito: a) o objeto da *jurisprudence* é o Direito como é e não como deveria ser; b) o Direito é posto pelo

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 159.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 48. Adiante, o jurista da hermenêutica desmistifica que a postura positivista de um juiz não se confunde com um hígido cumprimento à dita “letra da lei”, isto aliás, por vezes é “um avanço considerável” e mais, um dever!

³⁴² BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. p. 129.

³⁴³ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 109.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 107-110.

³⁴⁵ Veja-se a nota 338.

³⁴⁶ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 157.

soberano de uma comunidade política independente (viés estatalista); c) a norma jurídica tem estrutura de comando (viés imperativista, o *command theory*)³⁴⁷.

Por mais simplórias que pareçam as expressões hoje, que reduzem o Direito a (meros) atos de vontade de um soberano habitualmente obedecido, recorde-se que elas foram a principal expressão do Direito na Inglaterra pelo menos entre as segundas metades do séc. XIX³⁴⁸ a XX. De fato, o referencial teórico do Direito não ia além dessa concepção reinol, até a escrita de *The concept of law*, pelo “maior nome representativo do positivismo jurídico anglo-saxão”³⁴⁹, Herbert Hart. O epíteto do jusfilósofo de Oxford não soa exagerado quando se compreende a *revolução copernicana* que promoveu no marasmo teórico que a Inglaterra vivia sob o legado de Austin. Não por menos, autores do calibre de Gerald Postema consideram que até o “advento” de Herbert Hart, a teoria jurídica inglesa era “um vilarejo sonolento, satisfeito, complacente, dominado pela teoria jurídica *austiniana*”³⁵⁰.

Para compreender os implementos teóricos de Herbert Hart, tome-se do prefácio de *The concept of law*, em que ele sustenta que seu objetivo é

aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos mas relacionados entre si. [...] O jurista verá o livro como um ensaio sobre teoria analítica do direito, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas. [...] boa parte deste livro se ocupa das deficiências de um modelo simples de sistema jurídico construído de acordo com a teoria imperativa de Austin³⁵¹.

De chofre, dois desideratos: trazer a questão da Moral para o Direito, algo sobre o qual o positivismo se mostrava indiferente; e equacionar o simplismo da teoria *austiniana* do *command theory of law*. Ele, de fato, atingiu esses objetivos, embora outras questiúnculas, como é a questão da interpretação, fizeram surgir novos

³⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 105-108.

³⁴⁸ Como destaca Gilberto Morbach, “Austin, homem do XIX, escreveu na década de 1830; Herbert Hart, por sua vez, teve sua obra magna publicada em 1961”. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 127.

³⁴⁹ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 126.

³⁵⁰ “a sleepy, content, complacent village, dominated by Austinian jurisprudence”. (tradução nossa). POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. Nova York: Springer Netherlands, 2011. v. 11: Legal philosophy in the twentieth century: the common law world, p. 3.

³⁵¹ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 157. p. ix-x.

paradigmas ao Direito³⁵². Aliás, como exposto alhures, enquanto Herbert Hart era vivo sua teoria foi confrontada por um brilhante aluno seu, Ronald Dworkin, jusfilósofo estadunidense cuja *magnum opus* (*Law's Empire*) inaugura uma acepção interpretativista do Direito. A quizília filosófica entre mestre e pupilo, também conhecida como o célebre debate Hart-Dworkin, veio a ser publicada como posfácio do *The concept of law*, em edições publicadas *post mortem*.

Retomando a teoria do Direito em Herbert Hart, diferindo de um critério lógico-transcendental como a *Grundnorm* de Hans Kelsen³⁵³, o jusfilósofo inglês busca em elementos sociológicos o selo que fornece validade jurídica. Bem por isso, a respeito dela aduz Lenio Streck que “O Direito tem validade porque a comunidade política na qual ele governa o reconhece como tal. Por isso aparece o conceito de ‘regra de reconhecimento’”³⁵⁴, isto é, sob um critério convencional, em Herbert Hart será Direito aquilo que a sociedade respalde como tal, inadmitindo que qualquer conteúdo ganhe roupagem jurídica. Assim, com o propósito de superar o *command theory* de Austin, no qual o Direito se limitaria ao *hábito geral de obediência* ao soberano sustentado em ameaças³⁵⁵, o *soft positivism*³⁵⁶ de Herbert Hart permite joeirar o que seriam efetivas normas, como a proibição de matar alguém, dos meros hábitos sociais, como tirar o chapéu ao adentrar uma igreja³⁵⁷. E é nessa fiúza em que Herbert Hart propõe examinar as normas a partir de pontos de vista interno e externo, isto é, de quem está imerso no sistema e de um *outsider*, expectador externo que tão só descreve normas e condutas. Mais ainda, reputado que um sistema *austiniano* seria de simples normas

³⁵² Todavia, como acentua Gilberto Morbach, é temerário falar-se em superação de uma tese sem recair em anacronismos. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p.125.

³⁵³ A *Grundnorm*, ou norma fundamental hipotética, é a ideia central laborada em *Teoria pura do direito*, que assenta a teoria de que o Direito é uma ordem normativa escalonada hierarquicamente, cujo vértice é a *Grundnorm*, a norma pressuposta. É o que, em suma, consta do capítulo V, *Dinâmica Jurídica*, item primeiro, o *fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental*. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 217-245.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 163.

³⁵⁵ Um sistema como tal, para Herbert Hart, seria de meras normas primárias, padecendo de *incerteza* quanto às regras, sua identificação, conteúdo, objetivo e alcance; guardaria pernicioso *caráter estático*, marcado pela incapacidade de mudança das normas; e, finalmente, estaria fadado à *ineficiência* quanto ao controle social, dada a imprevisão de órgãos dotados de autoridade com a incumbência de apurar e punir a violação à norma. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 119-121.

³⁵⁶ Herbert Hart se autodenomina um positivista inclusivo, concebendo o conceito de que o Direito pode incluir “princípios morais ou valores substantivos”. *Ibid.*, p. 323.

³⁵⁷ O exemplo serve a um cristão. Para um judeu, o contrário: ao entrar a sinagoga, ponha o *quipá*.

primárias³⁵⁸, o caminho de “transição do mundo pré-jurídico ao jurídico”³⁵⁹ estaria na adoção de normas de caráter secundário³⁶⁰, que se dividiriam em três espécies: de *reconhecimento*, de *juízo* e de *modificação*, as quais desvelariam as normas efetivamente jurídicas; capacitariam indivíduos a solucionar se houve a violação de uma norma primária; e modificariam as normas primárias³⁶¹.

Mesmo o maior detrator de Herbert Hart deve reconhecer o “chacoalho” que ele provocou na academia jurídica do seu tempo. Pela aceitação ou pela crítica (como Ronald Dworkin³⁶²) fez avançar o Direito, a despeito do longo silêncio teórico em que jazia a Ciência Jurídica inglesa. Eis, evidentemente, um mérito de Herbert Hart. Todavia, por outro viés, nem o maior corifeu de Herbert Hart deve ser acrítico para deixar de reconhecer, embora a revolução produzida, a limitação de sua tese tocante à questão interpretativa do Direito, o que, como esboçado, tem em Ronald Dworkin um dos maiores jusfilósofos. Ora, mesmo em se tratando de um *positivismo inclusivo*, que, nos dizer do próprio Herbert Hart concebe a ideia de que “a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”³⁶³, e tendo ele manifestado ceticismo “de certos sistemas nacionais que exibem o pleno conjunto de *juge, gendarme et legislature*³⁶⁴ mas não se adequam a certas exigências fundamentais da justiça ou da moral”³⁶⁵; seu pensamento não representa, a toda evidência, a ruptura com o

³⁵⁸ Trata-se de normas de conteúdo mais simples, pois “dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar.” HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 122.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 122. Como se referiu Morbach a respeito da incorporação de normas secundárias ao ordenamento jurídico, é o “que faz desse (protos) sistema um sistema jurídico de *facto*”. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 142.

³⁶⁰ Tais normas “se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas”. HART, *op. cit.*, p. 122.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 123-124.

³⁶² Que tacha a doutrina de Herbert Hart de “*plain-fact positivism*”, ou positivismo dos simples fatos. (*Ibid.*, p. 319). Dworkin afirma mesmo que “Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”, sus_____tentando, sequencialmente, que duas são as versões de teorias junto a doutrina britânica: a de John Austin e a de Herbert Hart. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 85. p. 43-44.

³⁶³ HART, *op. cit.*, p. 323.

³⁶⁴ Respectivamente, juiz, policial e legislador.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

juspositivismo, que, como esboçado, emudece ante a interpretação ou decisão. Aliás, como assevera Lenio Streck:

Mas o ponto central é a crítica de que o positivismo não se preocupa com a decisão. [...] As razões que muitos positivistas têm para emudecer eram ou são coerentes para com sua posição emotivista, pois os critérios para decidir nos casos difíceis exigem compromissos valorativos e segundo a sua concepção de ciência (não cognitivismo moral), não é possível prescrever porque o postulado da separação entre o Direito e a moral não lhe permite. Os positivistas simplesmente assinalam que essas questões de atuação como legislador intersticial são excepcionais e que os juízes não somente aplicam o Direito como também por vezes diretamente criam ou inventam um novo Direito sem obedecer a tese das fontes sociais³⁶⁶.

Como salientado, o Positivismo Jurídico é fenômeno amplo e bem por isso, pretensões exaurientes seriam ingênuas. Impõem-se o freio didático³⁶⁷.

Estabelecido razoável conceito sobre o Juspositivismo, retoma-se à hipótese vindicada acima, a de que a introdução do Direito de cunho jurisprudencialista poderia superá-lo, afinal, sua cariz dogmática tende ao atraso diante do dinamismo social. Ora, como já se deixou antever, o simplismo com que o Positivismo Jurídico legou o Direito, relegando-o à mera questão de autoridade, leva a concluir que ele encontra na positivação das normas a sua atitude proeminente³⁶⁸. Nesse sentido, recorde-se Norberto Bobbio para quem o Positivismo Jurídico é nada mais que a expressão de um ato de vontade soberana³⁶⁹, isto é, tanto a vontade dos indivíduos quanto as

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 213.

³⁶⁷ Para um estudo aprofundado, recomenda-se *O Positivismo Jurídico*, de Norberto Bobbio, com trechos já citados nesta pesquisa. Para um estudo um tanto mais sintético, sem perder qualidade quanto ao conteúdo, recomenda-se o *Dicionário de hermenêutica* de Lenio Streck, amplamente utilizado nesta pesquisa. Para um exame *en passant*, a recomendação vai para o artigo *O que é Positivismo, afinal? E qual Positivismo?* Também de autoria de Lenio Streck, publicado na revista *Novos Estudos Jurídicos*. STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo, afinal? e qual positivismo?. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, p. 890–902, 2018. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745>. Acesso em: 18 jul. 2024.

³⁶⁸ Claro, fala-se em linhas gerais sobre ser a positivação o *leitmotiv* do positivismo jurídico. Para Lenio Streck, que embora também subscreva a problemática do positivismo com a positivação das normas, o problema maior, “o ponto fulcral”, está na discricionaridade que ele carrega, que é, a bem da verdade, o traço comum de todas as formas de positivismo, segundo ele. Denuncia nesse contexto, que ainda hodiernamente paira no imaginário de certos juristas a confusão entre texto e norma, lei e Direito, sem falar do *tabu* em torno da proibição de interpretar, “corolário da vetusta separação entre fato e direito”. Outro ponto muito combatido pelo jurista gaúcho acerca do positivismo está em sua postura metodológica que, de certa maneira, põe antolhos sobre os próprios olhos e oblitera a visão para as fontes sociais do Direito, sem falar da eterna problemática sobre a cisão epistemológica entre o Direito e da Moral. Alfim, “não se conseguiu superar a herança – ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 50-51.

³⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 55.

práticas sociais seriam apenas o desdobramento da vontade do soberano, materializada na legislação³⁷⁰. Encarando o Direito sob essa perspectiva, então, nota-se que o Positivismo Jurídico confere a ele uma espécie de couraça, nódoas anquilosantes.

Esse verniz do Positivismo Jurídico, a tal “rigidez da forma”, para Carlos Maximiliano, ao passo que virtuosamente conserva a *segurança jurídica*³⁷¹ ao minorar sofismas, avulta prejuízo de maior escala na ductilidade da norma, que lhe restringe o campo de atuação³⁷². É bem a redução da Ciência Jurídica a um tecnicismo dogmático³⁷³, atribuindo-se proeminência a aspectos formalísticos no lugar da verdadeira substância do Direito³⁷⁴, o que viria a esvaziá-lo a um “fenômeno burocratizado, num instrumento de poder, [...] uma técnica ou tecnologia para uso dos profissionais do direito (e operadores do direito) no desempenho imediato de suas funções”. É com este pensar que Márcia Aparecida de Freitas aduz que a hermenêutica desempenha um papel balsâmico, ao minorar criticamente a “perspectiva reducionista do positivismo jurídico”³⁷⁵.

³⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 95-97.

³⁷¹ Segurança jurídica calcada numa virtual objetividade do positivismo, reputada ingênua por Lenio Streck, para quem, rompendo o senso comum teórico, os princípios em/no Direito não são “*álíbis teóricos para suplantam problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras*”. Refugindo do banalizado entendimento de que os princípios são o que se convencionou chamar de “mandados de otimização”, Lenio Streck diz que eles são instrumentos para a “*ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo*”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 169 e 331.

³⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 24.

³⁷³ Ao criticar a dogmática do Direito, impossível não mencionar o pioneiro trabalho de Eugen Ehrlich em seu *Fundamentos da sociologia do direito*, que coloca como objeto da Sociologia do Direito o que cunhou de “direito vivo”, isto é, a ideia segundo a qual há relevo jurídico nas normas de conduta que as pessoas efetivamente praticam no dia a dia, para além de sua positivação dogmática feita pelo Estado, que, por seu turno, conduziu tanto o ensino quanto a prática do Direito a um tecnicismo metodológico atrasado e insatisfatório. Denunciando que os juristas de seu tempo haviam renunciado ao estudo do Direito que não o oriundo de fontes estatais, relegando-o a mero costume, sustentou errôneo o conveniente argumento do monopólio estatal na criação do Direito. Vale dizer, para Ehrlich, que inclusive se vale de exemplos cotidianos (os chama de “fatos de direito”) como família, casamento, comércio, etc.; o Direito existe antes mesmo de sua positivação. EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: UNB, 1986. p. 9-11, 17-18, 39, 68 e 384.

³⁷⁴ Bem a calhar, Bruno Augusto Sampaio Fuga, ao examinar estudo de Dierle Nunes e Aurélio Viana, correlaciona uma má migração de técnicas do Direito “precedentalista” com o engessamento do Direito e um possível agravamento tirânico, blindado no imaculado precedente vinculante. Atribui a esses aspectos anquilosantes do Direito, ao “*positivismo* por desprezar aspectos substanciais do ordenamento jurídico em favor de elementos formalísticos, pois reconhecer a autoridade de um precedente em razão de sua origem é potencialmente capaz de gerar os mesmos percalços pela aplicação do direito em viés positivista”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Londrina: Toth, 2020. p. 124.

³⁷⁵ FREITAS, Márcia Aparecida de. **Hermenêutica e direito**. São Paulo: RG Editores, 2020. p. 15.

É esse aspecto formalístico, a confusão de que o Direito seria identificado com a legislação, que, ainda segundo Márcia Aparecida de Freitas, teve como consequência a concentração às questões relativas ao Direito escrito, o tal movimento de codicismo que dominou a ambiência jurídica do séc. XIX e ainda é influente³⁷⁶. Nessa toada, a bem de desvendar o verdadeiro sentido e alcance do texto legal, foram teorizados métodos interpretativos da norma, sendo os bem conhecidos gramatical e literal, o lógico, o sistemático, o histórico, o sociológico, o teleológico e o axiológico. Todavia, a exasperação de métodos, como já era de se esperar, conduziu a conclusões díspares sobre qual deles haveria de prevalecer³⁷⁷.

Mas, para além dos simplismos sobre o Positivismo Jurídico, entra em mira um elemento pernicioso que tende a passar batido aos olhares de juristas, mas não escapa à pontaria de politólogos: o Positivismo Jurídico é, provavelmente, o grande responsável pelo afastamento entre o Direito e a Ciência Política. Como narra Daniel Wei Liang Wang, essa hipótese, fortemente concebível à Europa Continental e ao Brasil, decorreria de um isolacionismo a que juristas se arvoraram ao conceberem que o Direito forneceria os instrumentos para resolver os seus problemas, tornando desnecessária a interdisciplinaridade. Assim, o hiato entre Direito e Política foi

agravado com a grande influência que o positivismo jurídico kelseniano – que buscava afirmar o Direito como uma ciência autônoma de outros conhecimentos, como a Filosofia e as Ciências Sociais – teve sobre o Direito europeu continental e brasileiro³⁷⁸.

³⁷⁶ Como sustenta Lenio Streck, as críticas ao Positivismo Jurídico, em especial ao *exegético*, foram superestimadas pela doutrina, pois, embora considerada superada, paradoxalmente, é essa modalidade de positivismo que até os dias de hoje ainda “sustenta o arraigamento aos ordenamentos (regras em geral)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 80-81.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 20.

³⁷⁸ WANG, Daniel Wei Liang, Introdução. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 12-13. Analisando o fenômeno sob as lentes de juristas e de cientistas políticos (ou politólogos), Wang adverte, inspirado em ensino de Martin Shapiro, que “O jurista que tenta explicar o comportamento do Judiciário apenas a partir de elementos propriamente jurídicos corre o risco de não enxergar o processo político que levou à decisão e as verdadeiras disputas que estão sendo travadas sob intermediação da linguagem jurídica. O cientista político, por outro lado, ao analisar o Judiciário como um ator político, precisa atentar para o fato de que a atividade do juiz, assim como a de qualquer outro agente, é constrangida por regras, tanto jurídicas quanto à da comunidade de operadores de Direito a que pertence. Em conclusão, é preciso prestar atenção tanto às motivações internas ao direito quanto às que são externas a ela e, por isso, o conhecimento em direito ajuda o cientista político em suas análises, assim como a ciência política ajuda o jurista”. *Ibid.*, p. 15.

São tantas as críticas sobre o Positivismo Jurídico³⁷⁹ e sua insuficiência como elemento estruturante de um ordenamento jurídico que cumpre, enfim, tentar responder à indagação do tópico, ou seja, se seria o Direito de cunho jurisprudencialista hábil a superá-lo. Mais ainda, fazê-lo sem cair nas cascas de bananas lançadas pelos próprios críticos do novo constitucionalismo brasileiro, que, como aponta Isadora Ferreira Neves, ao propósito da dita superação vieram a supervalorizar as decisões de teor principiológico, enviesando, de certa maneira, a ponderação de que tratou Robert Alexy. Para ela:

O 'novo constitucionalismo' no Brasil, contudo, acabou refém do uso da ponderação para a solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais diante de uma má compreensão do positivismo jurídico, doutrina a qual demonstra aversão, mas à qual acaba retornando³⁸⁰.

Além das obviedades e do que já se assinalou sobre o *judge-made law*, apresentando uma hipótese que ao menos tente jogar luz sobre a questão, resgatemos uma ideia laborada linhas acima: a de que o *common law* “praticado” ao longo da Idade Média fomentava os diálogos institucionais. Como expõe Charle Howard McIlwain:

The relations of ordinary court and High Court of Parliament were undeniably very close. We cannot, we should not, think that judges kept their 'judicial' and their 'legislative' and their 'administrative' business totally separate and distinct from one another. On the contrary, we find a judge in 1338 in a case argued 'In the last place we may consider how much hath been attributed to the opinions of the king's judges by parliaments, and so find that the king's council hath guided and ruled the judges, and the judges guided the parliament' [...] In a [other] case where the interpretation of the Statute De Donis was in dispute [...] Herle said that the strongest argument for one side of the case was the construction given by Hengham, 'who drew the Statute'. [...] We have numerous cases of the judges consulting Parliament when they are uncertain of the meaning of an act [...] and this was sometimes the same

³⁷⁹ Isto que não se falou da incômoda pecha de ser o Positivismo Jurídico, em especial à escola exegética francesa, a matriz ideal para tipos totalitários. Ao tratar do quase centenário de um dos *cânones* do Juspositivismo, *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, Rodriguez abre curioso parêntese para afirmar que “as posições mais radicais dentre os revolucionários franceses e os regimes totalitários do século XX, nazismo e fascismo, imaginaram ser necessário transformar o juiz em mera ‘boca da lei’”. (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 146 e 166). No entanto, como pondera Bobbio, os positivistas ao longo dos tempos reagiram de diversas formas aos seus detratores, especialmente ao repelir tão batida tese de que o movimento deu cobertura aos regimes totalitários na Europa do séc. XX (nazismo e fascismo). Segundo o jurista italiano: “negando erros a ele [positivismo] atribuídos e acusando os adversários de incompreensão; modificando suas teses, de modo a levar em conta as críticas dos adversários, sem faltar a seus princípios; reconhecendo abertamente o erro e adaptando a teoria de modo a levá-la a abraçar também as teses adversárias”. BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. p. 145-146.

³⁸⁰ NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política**: três perguntas fundamentais para uma distinção. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 58.

Parliament that actually made the statute: sometimes it was one totally different. The persons in Parliament who, in these cases, gave the desired advice, there can be little doubt, were for a long time the ones who had actually drawn the statute, namely, the judges. [...] Parliament was not 'external' to the courts below it³⁸¹.

Todavia, ainda que o trânsito entre juízes e parlamentares no contexto do *common law* inglês tenha sido, de certa forma, a semente de uma tradição de diálogo institucional – e, como visto, ingleses são apegados às tradições e resistentes às mudanças – fechar conclusão nesse sentido pode ser precipitado, pois a noção de institucionalidade, concebida sob uma nítida divisão de atribuições entre os Poderes, não era clara. Como salientando, àquela época, não se enxergava, claramente, a diferença entre adjudicação e legislação. E essa confusão transborda aos lindes pessoais, “entre os próprios indivíduos aplicadores e descobridores do direito, uma vez que, em curto espaço de tempo transitavam entre Cortes e Parlamento, no exercício de ambas as funções, que, em verdade, eram a mesma e única função”³⁸².

De toda a maneira, um ponto que ainda chama atenção é o fato de que a imbricação em comento fez com que a atividade interpretativa dos juízes fosse elevada às alturas, como conclui Sérgio Antônio Ferreira Victor:

[...] até o início da Idade Moderna – pode-se considerar, nesse caso, até a Revolução Gloriosa (1688) – o Parlamento não tinha por principal função legislar. Não há dúvidas quanto a isso. Ademais, se parlamentares foram ou viriam a ser juízes e vice-versa, ou seja, se os juízes, de fato, eram os redatores das leis, era natural que as interpretassem largamente, intimamente, diriam alguns, visto não haver a deferência que se supõe existir

³⁸¹ MCILWAIN, Charle Howard. **The high court of parliament and its supramacy**: an historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England. New Haven: Yale University Press, 1910. p. 247-261. Traduzindo livremente, tem-se: “As relações das cortes ordinárias com o Parlamento eram inegavelmente muito próximas. Não podemos, nem devemos pensar que os juízes mantiveram seus negócios ‘judiciais’, ‘legislativos’ e ‘administrativos’ totalmente separados e distintos uns dos outros. Pelo contrário, encontramos um juiz em 1338 argumentado em um caso: ‘Em último lugar, podemos considerar o quanto foi atribuído às opiniões dos juízes da Corte Real pelos parlamentares e, assim, descobrir que o conselho do rei guiou e obrigou os juízes, e os juízes orientaram o parlamento’ [...] Em um [outro] caso em que a interpretação do *Statute De Donis* estava em disputa [...] Herle disse que o argumento mais forte para um lado do caso fora a construção dada por Hengham, ‘que desenhou o Estatuto’. [...] Temos inúmeros casos de juízes consultando o Parlamento quando estão incertos sobre o significado de um ato [...] e às vezes foi o mesmo Parlamento que realmente fez o estatuto: às vezes foi um totalmente diferente. As pessoas no Parlamento que, nestes casos, deram os conselhos desejados, não há dúvida, foram durante muito tempo os que realmente redigiram o estatuto, ou seja, os juízes. [...] O Parlamento não era ‘externo’ aos tribunais abaixo dele”.

³⁸² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54.

quando um juiz interpreta uma lei oriunda de um órgão supremo: os juízes estavam a interpretar aquilo que eles próprios haviam construído³⁸³.

Para além de um Hércules que suplante doze trabalhos, aqui representados pelo Positivismo Jurídico, a Hermenêutica, por antirrelativista, apresenta-se como bom remédio em face de teorias que vindiquem o protagonismo judicial calcado em solipsismos, isto é, a interpretação ensimesmada, muito mais próxima de um ato volitivo do que de um ato racional. É o que pondera – “*ad nauseam*” – Lenio Streck³⁸⁴.

Dada toda essa problemática, conclui-se que o *judge-made law* introduzido larga e acriticamente no Brasil, pode desaguar efeito dúplice: ao passo que tende à superar o Positivismo Jurídico, ao atenuar a dogmática que engessa o sistema e autoriza a discricionariedade; pode ser um dos fatores para o acirramento das tensões institucionais, considerando que ao se tornarem legisladores positivos e para questões *ex post factum*, de certa forma, os juízes acabam tomando o “lugar de fala” do Poder Legislativo, isto é, penetram em precípua competência legislativa.

³⁸³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade:** debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55.

³⁸⁴ A locução “*Ad nauseam*” é empregada pelo próprio autor. Para nós, a despeito da tautologia, a repetição constante de elementos críticos cumpre o papel fundamental de cristalizar conceitos. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 329). Nesse cenário, Márcia Aparecida de Freitas comunga da ideia de que o Positivismo Jurídico não oferece (boas) respostas quando entra em cena a teoria da decisão. Com efeito, afunilando a análise à *Teoria pura do direito* Kelseniana, aponta que a despeito da sua estruturação lógica, vendo o Direito como o encadeamento hierárquico de normas sendo a primeira delas (a hipotética fundamental, *Grundnorm*) pressuposta e as demais postas, é frágil quando a questão é a da decisão dos tribunais. Para ela, a teoria de Kelsen não permite separar o ato de vontade (discricionariedade) do ato de conhecimento em uma dada decisão. Eis o porquê da hermenêutica, como elemento “que confere à tarefa da interpretação um horizonte mais amplo”. FREITAS, Márcia Aparecida de. **Hermenêutica e direito**. São Paulo: RG Editores, 2020. p. 15.

4 TENSÕES INSTITUCIONAIS: DO ATIVISMO JUDICIAL ÀS RESPOSTAS LEGISLATIVAS, E A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A invasão de competência de um Poder sobre o outro, como abordado ao final do capítulo anterior precisa receber golpes de desmistificação. Há propalado mito sobre a separação de poderes idealizada por Montesquieu como sendo necessariamente três (Judiciário, Executivo e Legislativo), com competências estanques e impenetráveis entre si. É, com efeito, batida a ideia de que a tripartição é o modelo *correto*, a ser pasteurizado e copiado por todos os Estados que se arrojam ao desenvolvimento. Um *pret-à-porter* institucional.

Reflexões desse matiz correm por José Rodrigo Rodriguez:

Serve para mostrar a variedade não só de desenhos institucionais concretos da separação de poderes, mas igualmente de modelos normativos possíveis; ao mesmo tempo mostra o quanto é problemático fixar de antemão um desenho determinado da separação de poderes, que passa a ser pensado como modelo a ser seguido ou mesmo 'copiado'. A cristalização da visão de que os poderes são três e de que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de O espírito das leis nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes. O ponto central é armar uma trama institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho se venha a adotar. Por isso mesmo, é importante recuperar o espírito da obra de Montesquieu para refletir melhor sobre a dinâmica institucional contemporânea³⁸⁵.

Para ele, a tripartição rígida entre Poderes revela retrógado textualismo, que, sob o pretexto de defender a todo o custo a segurança jurídica, não permite a reflexão crítica sobre outras formas institucionais:

Mudar os termos dessa discussão significa repensar a relação entre legislação e jurisdição, entre Judiciário e Legislativo e, além disso, entre o conceito de segurança jurídica e as estratégias legislativas adotadas pelo Estado. A visão da segurança jurídica como a aplicação da norma por meio de uma operação lógica-formal está, com efeito, ligada à certa visão da separação de poderes. Essa visão é, veículo de uma determinada concepção de estado de direito. A lei deve ser aplicada desta forma e o juiz deve exercer uma atividade não criativa porque a lei é veículo da vontade do povo, que se manifesta no Parlamento. Fazer diferente seria desrespeitar a soberania popular: ao atuar de forma criativa o juiz estaria desrespeitando os limites de

³⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 185.

sua atividade segundo este modelo de estado de direito. Esse é o conteúdo político do textualismo³⁸⁶.

Finalmente, ao encontro do objetivo do capítulo, a curiosa visão do autor sobre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Para ele, embora aparentemente discrepâncias, são nada mais que “lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria ‘invadida’ pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio ‘invasor’”³⁸⁷. O cerne dessa visão é dado pelo mito de que cumpre ao Legislativo ser o coração pulsante de um Estado Democrático de Direito, não apenas a essencial sede da política, mas o titular absoluto do seu ativismo³⁸⁸. Para o autor, a reflexão crítica sob o aproveitamento dos conflitos sociais e políticos como meio para superar a anquilosante separação de Poderes, seria um caminho possível para assentar em novas bases o fenômeno da judicialização da política *versus* o ativismo judicial, aperfeiçoando as instituições democráticas. Ao cabo, a fuga do normativismo que engessa os Poderes ajudaria, inclusive, na compreensão do “direito” e “direitos”³⁸⁹.

Em discordância, Georges Abboud adiciona a complexidade que subjaz o tema, reforçando a necessidade de se compreender que os fenômenos “[d]o ativismo judicial e a judicialização da política possuem origens, motivações e impactos diferentes na sociedade, sendo conceitos relacionados na medida, e apenas na medida, em que a segunda se degenera na primeira”³⁹⁰. Parte dessa premissa para afirmar, embora considerando a consistência argumentativa, que “não podemos concordar com José Rodrigo Rodriguez e Marcos Nobre, quando dizem ser o ativismo judicial e a judicialização da política são duas faces da mesma moeda, tão somente observadas a partir de diferentes pontos de vista”³⁹¹.

De todo o modo, a pesquisa busca examinar se o *judge-made law* importado para cá é a charneira (ou uma delas) que permitiu a entrada do fenômeno do ativismo judicial. E isso está intrinsecamente conectado com a proposta de aproximação do *civil*

³⁸⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 206.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 183.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 198.

³⁹⁰ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 48.

³⁹¹ *Ibid.*

law brasileiro com o *common law* a partir das alterações no processo civil, conhecidas como o movimento de precedentalização.

4.1 Ativismo judicial à brasileira: as diversas formas de burla do Direito

Inicialmente, o que é ativismo judicial? Tal qual outros fenômenos abordados, é complexo. Assim, antes de tentar explicá-lo, ao reforço do compromisso propedêutico, uma sumária exposição sobre suas origens.

Marcos Paulo Veríssimo, baseado em artigo de Keenan Kmiec, sustenta que o termo ativismo judicial surge em publicação de janeiro de 1947 na revista *Fortune*, ao propósito de levantar o perfil da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na publicação, identificou-se basicamente dois perfis: ativistas e comedidos, sendo estes os que atuavam sob *self-restraint* (autocontenção). Segundo o periódico, os juízes ativistas eram um grupo majoritariamente formado pela Faculdade de Direito de Yale, que para nenhum espanto é o local onde nasceu o *realismo jurídico* estadunidense na virada do séc. XIX ao XX. Em sendo o realismo jurídico o movimento que vê a aplicação do Direito não como poderia ser idealmente mas como é na realidade, quem lhe é tributário tende a inocular certa insuficiência quanto às teorias dos precedentes e do *common law* na atividade julgadora. O ato de julgar passa, então, a seguir linhas esdrúxulas como fatores psicológicos, preconceitos ou predisposições para decidir num ou noutro sentido. Tal roupagem revela, numa representação imagética, a anteposição da carroça aos bois: a decisão para esses juízes parece ser anterior à sua justificação, considerando o processo mental que organiza cada etapa. Assim, descrentes dos textos, aduz Marcos Paulo Veríssimo que os juízes do realismo jurídico levam em conta uma certa polissemia do Direito que forneceria múltiplos resultados diferentes para a decisão, recaindo sobre eles a escolha, a qual, maior ou menor grau, ainda estaria na moldura do Direito e bem por isso tratar-se-ia de uma decisão possível (ou legítima)³⁹². Postura esta, lembre-se, não difere do que Hans

³⁹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 55-57.

Kelsen expôs em sua *Teoria pura do direito*, sobretudo em seu não tão bem compreendido capítulo final, que trata da problemática da interpretação³⁹³⁻³⁹⁴.

Feito o prolegômeno, quanto ao conceito, embaraço. Aliás, bem diz Lenio Streck que o ativismo judicial é uma “algaravia conceitual”, dada a sua – novamente o fenômeno mostra suas garras – má recepção por aqui³⁹⁵. Sem embargo disso e sem prescindir do amparo histórico, Marcos Paulo Veríssimo, novamente ancorado no seminal artigo de Keenan Kmiec, indica cinco sentidos usuais ao ativismo judicial. No primeiro, o juiz não se limita à sua competência constitucional e invalida decisões de outros poderes examinando a *qualidade* dessas decisões. Utiliza critérios que podem ser objetivos, moralizantes, ou vinculados à ideia de *justiça substantiva*. No segundo, há os juízes que não aderem aos precedentes ou aos padrões de julgamento, distanciando-se da história interpretativa ao chegarem a resultados não bem esperados para o caso concreto. O terceiro se refere aos juízes que criam direitos aparentemente não previstos no ordenamento jurídico, pois não se veem no papel de meros *implementadores* de direitos. O quarto trata dos juízes que *interpretam criativamente* as normas com acrobacias hermenêuticas diferente das tradicionais, sobretudo às que dão sentido literal. Por último, o quinto sentido de ativismo é notado nos julgamentos de caráter instrumental, orientados para um resultado, possuindo um claro ponto de chegada. Esse ponto, não bem a conclusão natural do *iter* da demanda,

³⁹³ Nesse sentido, “Hans Kelsen mostrou que é impossível aplicar o padrão científico das ciências naturais ao estudo do direito, mais especificamente, ao ato de julgar casos concretos. Sempre haverá várias respostas possíveis para um mesmo problema jurídico e o juiz precisa escolher entre estas possibilidades. Para a teoria jurídica contemporânea, tal escolha deve ser justificada a partir de determinados padrões de racionalidade, mas não há acordo entre os pesquisadores e operadores do direito sobre qual deva ser esse padrão. Há várias posições em disputa, cada uma delas reivindicando ser mais adequada para lidar com os problemas jurídicos contemporâneos, quadro que se repete tanto na teoria quanto nas argumentações jurisdicionais propriamente ditas”. (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 67). Da mesma pena, “Em seu capítulo final, Kelsen constata que as leis são incapazes de fornecer critérios inequívocos para a atividade do juiz e para outros organismos com poder para decidir casos concretos. As decisões judiciais devem ser descritas como um ato de escolha feito diante de diversas alternativas interpretativas postas diante do juiz; todas elas coerentes com o direito posto, ou seja, com as leis promulgadas pelo Parlamento”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 146.

³⁹⁴ Para um apanhado sobre o histórico, os principais autores e, especialmente para não cair na costureira confusão que se faz entre o realismo jurídico americano e o escandinavo, veja-se STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a. p. 245-250.

³⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. p. 83.

da produção probatória, ou da interpretação, mas algo aparentemente desejado de antemão, quiçá, com o objetivo de transformar a realidade³⁹⁶.

No transporte ao Brasil, Isadora Ferreira Neves reporta que o ativismo judicial abre dicotomia. De um lado, ignorou-se as diferenças que marcam o modelo de controle de constitucionalidade estadunidense e brasileiro; de outro (o que parece bem enraizado), nítida a aposta no protagonismo judicial sublimado na doutrina brasileira da efetividade³⁹⁷. De todo o modo, sendo um problema de cariz funcional, em que o exercício da atividade jurisdicional se mostra disfuncional em detrimento da atividade legislativa ou mesmo da executiva, um ponto sensível ao presente estudo é levantado por Isadora Ferreira Neves: a estreita proximidade entre a atuação do juiz e a do legislador nos sistemas de *common law*. Ora, nestes, como já fora dito sobre a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial desempenha a função ambivalente, isto é, tanto define a controvérsia erigida pelo caso concreto como também assume valor de precedente. Dessa forma: “O precedente pode, nos sistemas de *common law*, assumir contornos declarativos ou criativos, que torna ainda mais nebulosa a caracterização do ativismo judicial a ser transportado para a realidade brasileira”³⁹⁸.

Tais considerações, queira-se ou não, recapturam a sorte de questionamentos sobre a natureza da decisão judicial e da atividade legislativa, notadamente no que toca às respectivas racionalidades, tema explorado alhures. Ainda adicionando nuance, recorde-se da visão de José Rodrigo Rodriguez, para quem os fenômenos do *ativismo judicial* e o irmão xipófago *judicialização da política*, são de mera perspectiva, o que é refutado por Georges Abboud.

Todavia, cumpre ainda abordar o que vem a ser o fenômeno do ativismo judicial para o contexto em que a pesquisa trilha seu caminho.

Em obra recente, Georges Abboud cria uma tipologia sobre as formas de ativismo judicial. Elevando o didatismo a critérios ótimos e salientando que as decisões judiciais ativistas podem não ficar presas a apenas uma modalidade, espera que a clareza sobre as formas de ativismo auxilie o exercício de *accountability* hermenêutico pelos próprios tribunais. Segundo o autor, há oito formas de ativismo:

³⁹⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 58-59.

³⁹⁷ NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política**: três perguntas fundamentais para uma distinção. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 34.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 36-37.

(a) performático (com a subespécie, metafísico); (b) contra os limites do texto; (c) messiânico; (d) ideológico-moralista; (e) populista (com a subespécie, punitivista); (f) puramente consequencialista; (g) por inação; e (h) afeito às funções administrativas do STF³⁹⁹.

O primeiro, o *ativismo performático*, imbrica-se na linguagem e em sua capacidade de exercer atividade performática. Difere-se se da linguagem narrativa, estritamente constatativa, que serve para descrever ou para narrar e encerra um critério apofântico, isto é, pode ser verdadeiro ou falso. Ao contrário, a linguagem performática está carregada de elementos textuais *para realizar (to perform)*, e assim, exprime um critério consequencialista: são bem ou malsucedidos, a depender das circunstâncias e consequências de onde e como foram postos⁴⁰⁰.

Nesse cenário, para brindar um exemplo de jogos de linguagem, o teórico do pós-modernismo Jean-François Lyotard afirma que em um colóquio no qual o remetente (quem enuncia) use de enunciado performático (que chama de enunciado de desempenho), acaba por inviabilizar ao destinatário (quem recebe) maiores possibilidades adversativas sobre o referente (aquilo de que trata o enunciado). Interditada-se o debate. No exemplo, diz que se o reitor ou o decano de uma universidade, autoridades portanto, dizem no início do ano letivo que *ela está aberta*, isto acaba não estando sujeito a “discussão nem a verificação pelo destinatário, que se encontra imediatamente colocado no novo contexto assim criado”⁴⁰¹.

Retomando a Georges Abboud, para ele no ativismo performático o julgador foge da confrontação do Direito ante o caso concreto utilizando expressões que conferem verniz normativo à decisão ativista/voluntarista. No ranqueamento do palavrório, destacam-se: “interesse público”, “conveniência e oportunidade”, “livre convencimento motivado”, “proporcionalidade”, “vontade da lei”, “princípio republicano” e “justiça”. Destaca outros dois argumentos frequentes para maquiar decisões voluntaristas: o *déficit* legislativo sobre o assunto, impelindo o suprimento da lacuna pelo Judiciário; e a situação inercial do Judiciário, que, provocado, teria sempre de agir⁴⁰².

³⁹⁹ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 170-171.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁰¹ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 20. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2021. p. 36.

⁴⁰² ABBOUD, *op. cit.*, p. 173-174.

Inextricável desse tipo de ativismo é a crítica de José Rodrigo Rodriguez ao argumento de autoridade que, aos borbotões, permeia as decisões judiciais no Brasil. Sempre abrindo campos investigativos novos em suas considerações, sustenta que:

uma pesquisa linguística interessante que poderia ser feita seria quantificar o número de ocorrências, num mesmo processo judicial, de expressões como: ‘É evidente que...’, ‘É curial observar que...’, ‘Salta aos olhos que...’, além dos citados ‘copioso’ e ‘torrencial’ ou expressões semelhantes. Tais expressões são absolutamente comuns na linguagem jurídica cotidiana e evidenciam a construção de argumentos que se apresentam como pertinentes ao caso em razão de sua autoridade e não de sua racionalidade⁴⁰³.

O segundo tipo de ativismo, o *metafísico*, é subespécie do performático, vez que também umbilicalmente atrelado à retórica instrumental, isto é, tem na linguagem o meio para o desiderato subjetivista do julgador. Quem usa dessa argumentação, pontua Georges Abboud mencionando terminologia de Bernd Rütters, são os “juristas acrobatas”, os que se valem de manobras ousadas para transportar a concretude do caso ao plano metafísico, cujas afirmações não são passíveis de demonstração. A vagueza marca o tipo, especialmente útil ao ativismo judicial ao permitir erigirem-se bandeiras com qualquer conteúdo. As expressões vagas e, digo eu, sedutoras, são, entre outras: “promover uma sociedade melhor”, “moralizar a sociedade”, “tornar o Brasil um país menos corrupto”⁴⁰⁴.

O terceiro da tipologia de Georges Abboud é o que *se volta contra os limites do texto legal*. Embora não haja sinonímia entre texto e norma⁴⁰⁵, competindo aos juízes a criação da última, assevera o autor que os lindes textuais só podem ser afastados, democraticamente falando, na hipótese de choque com o texto constitucional. Georges Abboud traz dois julgados do STF, causando espécie o fato de serem

⁴⁰³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 81.

⁴⁰⁴ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 176.

⁴⁰⁵ Embora o que chamemos de *textos jurídicos* Hans Kelsen chame de *proposições jurídicas*, sustenta que estes são “juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências (sic) pelo mesmo ordenamento determinadas”. Já as normas jurídicas “não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 80-81). José Rodrigo Rodriguez, por sua vez, aquilata essa diferenciação: “Hans Kelsen diferenciou os textos legais das normas jurídicas, um movimento conceitual crucial para a compreensão da experiência social, política e jurídica do começo do século XX”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 317.

decisões diametralmente opostas, proferidas, todavia, pelo mesmo ministro. Trata-se do Mandado de Segurança (MS) 32.326⁴⁰⁶ e da Ação Penal (AP) 565⁴⁰⁷, que em pouco tempo fez da água vinho sobre a cassação automática de mandato de parlamentar. Em medida cautelar no *writ*, determinou-se a suspensão automática do mandato de certo deputado federal condenado em regime fechado em sentença transitada em julgado, embora a Câmara dos Deputados tenha decidido mantê-lo no múnus público. Para o espanto, na ação penal, o mesmo ministro manifestou-se sobre a *impossibilidade de superar a literalidade* do artigo 55, VI, em conjugação com seu § 2º, da Constituição, que, em suma, reza que o parlamentar condenado criminalmente em sentença transitada em julgado perderá o mandato conforme decisão da respectiva Casa, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa. Não contendo a indignação, conclui Georges Abboud: “Ora se respeitam os limites do texto constitucional, ora se admite revelá-los (sic) em nome de qualquer outra coisa”⁴⁰⁸.

Sobre o quarto tipo de ativismo, o *messiânico*, que me seja permitido alguns comentários. Antes, para o autor, quem usa dessa *forma de perversão do Direito*⁴⁰⁹ arvora-se a representante tardio do Iluminismo. Para ele, assim

[...], o jogador assume a capa do herói para conduzir o restante dos mortais ao Paraíso terreno. É que ele, abençoado, acredita poder enxergar o fim da história com a lucidez de um profeta laico, filho esquecido do Iluminismo. [...] Essa espécie de ativista é mais do que um juiz; é, antes de tudo, um suposto agente transformador da história e um sacerdote do processo civilizatório. Em sua versão extremada, aos seus olhos, as regras do jogo democrático são apenas empecilhos, preciosismos dispensáveis⁴¹⁰.

Agora com as divagações, e uma vez que se falou em Iluminismo⁴¹¹, parece sintomática a postura de certos ministros da mais alta corte do país. Fato que o ilustra

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32326 Distrito Federal**. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. 02 de setembro de 2013 (liminar). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>. Acesso em: 18 mar. 2024.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal AP 565**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol. Min. Cármen Lúcia. 8 de Agosto de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4024333>. Acesso em: 18 mar. 2024.

⁴⁰⁸ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 184.

⁴⁰⁹ Utilizado aqui no sentido dado a José Rodrigo Rodriguez em seu conceito de *zonas de autarquia*, sobre o qual foi falado ao tratarmos das racionalidades judicial e legislativa, acima.

⁴¹⁰ ABOUD, *op. cit.*, p. 185-186.

⁴¹¹ Para uma crítica mordaz, embora indireta aos juristas que se colocam na *posição de vanguarda iluminada*, veja-se RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 254-255.

está na resposta ao professor Conrado Hübner Mendes dada pelo ora Presidente do Supremo Tribunal Federal⁴¹², Min. Luís Roberto Barroso, em artigo na Folha de S. Paulo, de fevereiro de 2018. Na missiva, o ministro fez constar que

o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário. A abolição da escravatura ou a proteção de mulheres, judeus, negros, homossexuais, deficientes e minorias em geral foram conquistas que nem sempre puderam ser feitas pelo processo político majoritário. É preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário⁴¹³.

Ora, para falar em abstrato, em rebate a uma crítica em editorial (não em processo) dirigida ao Supremo como um todo e não *fulanizada* para este ou aquele ministro não se vislumbra na postura do Min. Barroso uma conduta que malfira o decoro da magistratura. Problema surge quando suas posições políticas são expressas em discursos de palanque ou em ocasiões públicas, como assim foram os recentes casos em que polemizou com o *lamentado mas não arrependido* “perdeu, mané, não amola”⁴¹⁴, dirigido a eleitor bolsonarista em alusão à derrota de seu candidato à reeleição em 2022, bem como no discurso proferido no 59º Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE), que, com notável entusiasmo e se colocando ao lado dos que o ouviam, isto é, conjugando na terceira pessoa do plural, disse “derrotamos o bolsonarismo”⁴¹⁵. Não falo aqui como arauto da moralidade para criticar o ministro, longe disso. Mas para recordar que, sem embargo de ocupar o mais alto cargo do Judiciário brasileiro e para além de uma expressa vedação no Código de Ética da Magistratura Nacional⁴¹⁶, certos tipos de conduta simplesmente não convém às altas autoridades de Estado.

⁴¹² Tomou posse no dia 28/09/2023.

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 08 jul. 2023.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Barroso diz que não se arrepende de ‘perdeu mané’, mas lamenta o ocorrido**. [S. l.], 19 nov. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/11/29/barroso-lamenta-ocorrido.htm>. Acesso em: 08 jul. 2023.

⁴¹⁵ MENDES, Lucas. “Derrotamos o bolsonarismo”: fala de Barroso se referiu a voto popular, não à atuação de instituições, diz STF”. **CNN Brasil**, Brasília 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/vencemos-o-bolsonarismo-fala-de-barroso-se-referiu-a-voto-popular-nao-a-atuacao-de-instituicoes-diz-stf/>. Acesso em: 08 jul. 2023.

⁴¹⁶ “Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária” e Art. 22 [...] Parágrafo único. Impõe-se ao magistrado a utilização de linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de ética da magistratura nacional**. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Brasília: DF: CNJ, 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 08 jul. 2023.

Para concluir sobre o ativismo messiânico, mas sem adentrar nas minudências do exemplo, tome-se as considerações de Georges Abboud sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4650-DF⁴¹⁷, que proibiu o financiamento privado de campanhas eleitorais. Para o autor, ela é possivelmente um dos ovos da serpente do *lavajatismo*, que fez vilania ao debate político brasileiro e, de lambujem, permitiu a ascensão da extrema Direita, que advoga a necropolítica. Pontua, ainda, que a ação deve servir de lição, guiar os magistrados no sentido de que nenhum propósito – inclusive o combate à corrupção – pode sobrepor-se à defesa da Constituição e das regras do jogo democrático⁴¹⁸.

Avançando a tipologia, chega-se ao *ativismo ideológico-moralista*, em que se nota a colonização do Direito pela Política, correndo-se o risco, segundo Georges Abboud, de que a discordância do juiz sobre determinada lei o faça passar, quando de sua aplicação, antes pelo filtro da ideologia do que pelo necessário filtro constitucional⁴¹⁹. Candentes os exemplos trazidos por Georges Abboud, sendo eles o *habeas corpus* 124306-RJ⁴²⁰, que considerou inconstitucional a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 541-DF⁴²¹, que manteve o cancelamento de mais de 3 milhões de títulos eleitorais de quem não fez o cadastro biométrico, quando a Lei 12.034/09⁴²² apenas facultou a tecnologia pelo Judiciário Eleitoral e não previu, portanto, sanção para conduta contrária; e o Recurso Extraordinário (RE) 888815-RS⁴²³, que trata do

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴¹⁸ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 186-187.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 188.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 124306**. (1. Turma). Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira (12819/RJ). Coator: Superior Tribunal de Justiça Relator: Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 541**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 26 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5550743>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴²² BRASIL. **Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas gerais para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Brasília: DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 7 out. 2023.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 888815**. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 10 mar. 2024.

Homeschooling, o ensino domiciliar. Deste último, inclusive, destacam-se os incisivos argumentos lançados no voto (vencido) do relator, que, favorável ao *homeschooling*, não se constrangeu em manifestar sua muito particular visão sobre a Constituição, afastando-se da solução jurídica já dada pelo Direito posto, trilhando o rumo do que lhe afigura ser melhor ao progresso do país, de acordo com suas ideias⁴²⁴. O particularismo fica evidenciado nos trechos transcritos por Georges Abboud:

o Estado brasileiro é grande demais, é extremamente ineficiente e, com frequência, pratica políticas públicas inadequadas e sem qualquer tipo de monitoramento. Acho que essa é uma primeira observação que considero relevante. [...] por convicção filosófica, sou mais favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável⁴²⁵.

Ao tecer considerações sobre a próxima modalidade de ativismo, o *populista*, que possui a subespécie punitivista, Georges Abboud rememora o reproche do “último grande orador irlandês”⁴²⁶, Edmund Burke, sobre as maiorias temporárias que, embora o tamanho, não podem se arrogar ao propósito de destruir a Constituição por mero capricho. Desagua desse tipo de ativismo o câmbio do Direito por uma pretensa vontade popular, expressa em clamores cognominados de diversas formas, tais como a *voz das ruas* ou a *vontade do povo*, que, atenção, nada significam e, ainda que legítimas, não poderiam ser atendidas como insuspeitamente pretendem, pois, dada a miscelânea da sociedade brasileira e seu portentoso espaço geográfico, não são uníssonas. Não apenas isso. A adoção de postura populista como tal, denota visão canhestra sobre os horizontes do porvir, pois cedendo o Judiciário às pressões sociais e políticas de toda ordem, expõe fragilidade própria. Uma fratura que talvez não esteja bem cicatrizada quando, efetivamente, se fizer necessário⁴²⁷.

Georges Abboud exemplifica, entre outros *cases*, com a leitura conjunta das (polêmicas) Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43, 44 e 54⁴²⁸, que

⁴²⁴ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 190-191.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 191.

⁴²⁶ FERGUSON, Niall. **Império**: como os britânicos fizeram o mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2021. p. 72.

⁴²⁷ ABOUD, *op. cit.*, p. 192-193.

⁴²⁸ Apensadas à ADC 43-DF, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 43-DF**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do último incidente: Min. André Mendonça (ADC-ED-segundos). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 mar. 2024.

trataram da autorização de prisão tão logo o julgamento em segunda instância, esquadrihando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)⁴²⁹. Os autores das ações, o Partido Nacional Ecológico (PEN), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) pediram cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, alegando que a decisão no *habeas corpus* 126292-SP⁴³⁰, de fevereiro de 2016, em que o Supremo entendeu cabível a execução provisória da pena, vinha gerando grande controvérsia jurisprudencial a respeito do princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade), ainda mais porque, conquanto ausente força vinculante, os tribunais país afora passaram a adotar idêntico posicionamento. Ao abrir divergência com o relator, o Min. Edson Fachin pontuou que para a *interpretação conforme a Constituição* a ser dada ao art. 283, CPP, prescindiria o esgotamento de todas as instâncias potenciais do Judiciário para a execução da pena após a confirmação da condenação pelo Segundo Grau. Segundo sua visão, isto seria coerente com a Carta, somente feita a ressalva sobre eventual concessão de efeito suspensivo à imediata execução da pena pelas Instâncias Superiores. Ainda lançando um viés teleológico, afirmou que a Constituição não outorga uma terceira ou quarta chance de revisão de uma decisão reputada injusta pelo condenado, de modo que às instâncias extraordinárias (STF e STJ) cumpriria, nesse contexto, a uniformização da interpretação constitucional e infraconstitucional. Ao fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, só aplicável, segundo crê, às leis penais e não à jurisprudência. Na mesma esteira, o Min. Luís Roberto Barroso defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para salvaguardar a efetividade do Direito Penal e os bens jurídicos que visa tutelar. No seu ver, a presunção de inocência é princípio e não regra, passível de ponderação com outros princípios e valores

⁴²⁹ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 126292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 10 mar. 2024.

constitucionais, portanto. Ao repristinar exemplos da antiga posição do Supremo, Barroso contrariou que eles fossem garantistas, taxando-os de grosseiramente injustos ao tolerar consequências extremamente negativas e contestáveis, entre as quais, o incentivo à massiva e sucessiva interposição de recursos para protelar a preclusão máxima, que, a seu turno, privilegiaria a seletividade do sistema penal a reboque de um descrédito social em relação ao sistema de justiça⁴³¹.

Arrematando a questão da reversão de posição do STF, pondera Georges Abboud:

Ainda que posteriormente o STF tenha novamente rejeitado a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, é no mínimo sintomática a repercussão que o debate gerou. A questão, como salientou Lenio Streck em sua brilhante sustentação oral perante a Suprema Corte, não era um *hard case*, mas, antes, tornou-se um porque foi politizado⁴³².

O próximo, ativismo judicial *puramente consequencialista*, provoca a inquietação deste trabalho: os estrangeirismos importados acriticamente ao ordenamento jurídico nacional. Para Georges Abboud, nessa modalidade há a colonização do Direito por um discurso economicista ou pretensamente científicista, frequentemente matizado pela “importação mal feita da visão norte-americana de *law and economics*”⁴³³. Com efeito, não é de hoje a crítica sobre o mau emprego do *law and economics*, para cá importado e traduzido como *análise econômica do Direito*, ocupando-se dela não só juristas⁴³⁴ mas cientistas políticos⁴³⁵. Todavia, não se trata para Georges Abboud – e talvez por isso ele

⁴³¹ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 194-195.

⁴³² *Ibid.*, p. 196.

⁴³³ *Ibid.*, p. 208.

⁴³⁴ Destacamos Rodriguez ao apontar que o *Law & Economics*, ao dar visão puramente instrumental do Direito para a realização de fins alheios a si, carrega, juntamente com o *Law & Development*, grande potencial antidemocrático. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 152.

⁴³⁵ Andrei Koerner, ao levantar a problemática do campo de pesquisa sobre a imbricação do Direito com a Política no Brasil afirma a escassez de material humano, isto é, de pesquisadores na temática, além do restrito e recente acervo de pesquisa. Mais ainda, vê com preocupação a adoção acrítica de teorias e conceitos da ciência política internacional, fortemente influenciadas pelo debate estadunidense. Ao atribuir que as teorias estrangeiras nasceram para propósitos próprios, afirma que as respectivas temáticas não se coadunam às expectativas constitucionais brasileiras. Arremata: “[...] as pesquisas e debates atuais sobre o Judiciário têm sido marcados pelos temas da judicialização da política, o ativismo, e o enfoque do Judiciário do ponto de vista do impacto das decisões judiciais sobre as políticas públicas. Esses temas foram elaborados pela ciência política norte-americana e pesquisadores de vários países incorporaram essas visões que, no entanto, fazem parte de uma temática proposta pelos conservadores dos Estados Unidos, que se mobilizaram contra o papel ativo das cortes em favor dos direitos civis e sociais. Esta é uma concepção muito limitativa da Constituição e do papel do juiz que é trazida para as suas problemáticas de pesquisa. Esta perspectiva parte de uma concepção do papel dos juízes

anteponha o advérbio *puramente* ao sujeito *consequencialista* – da negação completa do consequencialismo na teoria da decisão, que, aliás, serve de baliza para antever efeitos, e, de quebra, permite o controle da discricionariedade judicial. Inclusive, Georges Abboud bem diz, não só a modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade, mas as reformas operadas em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁴³⁶ matizaram a preocupação que a esfera decisória, seja a administrativa, a controladora ou a judicial, deve ter com as consequências – ainda que potenciais – dos seus julgamentos.⁴³⁷ O problema está, segundo o autor, nas “decisões que têm colocado o discurso da eficiência (economicista) no lugar do próprio direito, para julgar temas relevantes”⁴³⁸.

Nessa quadra, vê-se defeitos estruturais ao consequencialismo a despeito de soar virtuoso se bem empregado, como predicou Georges Abboud. É que, na análise de Marcos Paulo Veríssimo ao tratar do *realismo jurídico* e sua umbilical relação com a discricionariedade, isto é, escolhas de resultados possíveis e num primeiro momento justificáveis ante o Direito posto, tem-se que a aplicação do Direito não se resume a um processo puramente lógico. Envolve escolhas políticas, mais ou menos desejáveis à sociedade, mas, o processo judicial e a operação de subsunção não são desenhadas para pensar em consequências. Assim, a estrutura do processo

[...] está voltada para decidir sobre o que aconteceu e não sobre o que vai acontecer. Ela está montada para julgar se alguém matou, roubou, celebrou um contrato e o descumpriu, comprou e não pagou o preço; olha-se para o passado. A prova é a prova do fato que ocorreu, não é o palpite quanto ao fato que poderá vir a ocorrer⁴³⁹.

Como noutras modalidades, Georges Abboud cita ações no Supremo em que vislumbra a espécie de postura em exame. Entre elas, o julgamento da medida

formulada pelos juristas neoconservadores norte-americanos, seja na vertente do originalismo, seja na da análise econômica do direito”. KOERNER, Andrei, A análise política do direito, do judiciário e da doutrina jurídica. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 31-32.

⁴³⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

⁴³⁷ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 208.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 57.

cautelar na ADPF 527⁴⁴⁰, que a despeito de representar um avanço na acessibilidade à jurisdição constitucional para uma minoria histórica, tem lá sua carga ativista. A decisão, da lavra do Min. Barroso, admitiu a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros como entidade de classe hábil à propositura de ações de constitucionalidade, superando o entendimento até então firmado no sentido de que somente entidades de classe representativas de determinada categoria profissional ou econômica gozavam da legitimidade ativa para tal. Para o autor:

A decisão foi pautada por uma visão particular de missão institucional do Supremo que, por vezes, poderia atuar de maneira majoritária e atenta aos anseios populares quando o Parlamento não o fizesse a tempo. O que acabou por se produzir, ao fim e ao cabo, foi uma decisão que, sob a justificativa de que a jurisprudência dominante do Supremo sobre o tema causa impacto desproporcional sobre grupos minoritários e vulneráveis, procurou atuar de modo a atingir consequências específicas, qual seja, a de conferir maior possibilidade de discussão dos interesses da comunidade LGBT e demais grupos vulneráveis, ainda que, para isso, tenha aberto mão de certa prudência e da aplicação de todo um arcabouço normativo aplicável, ignorando, também, a jurisprudência anterior da Corte para a concepção de fins representativos de uma visão particular⁴⁴¹.

Ao introduzir o *ativismo por inação*, Georges Abboud, recorda da célebre frase de *Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa: *algo deve mudar para que tudo continue como está*. No contexto da *Risorgimento* italiano, a ideia de que a essência da aristocracia siciliana e o poder da nobreza continuariam a existir, embora as mudanças políticas e sociais que se descerravam no séc. XIX. Pela aristocracia, até seriam aceitas mudanças diáfanas, desde que mantidos os privilégios. Trazido o *insight* ao tipo, Georges Abboud afirma que tal forma de ativismo se dá quando o Judiciário se queda inerte quando deveria, efetivamente, exercitar o *judicial review*⁴⁴². Trata, termos outros, da circunstância *sui generis* em que a jurisdição constitucional, embora provocada, se porta como expectadora em vez de protagonista (neste caso, necessário) da vida institucional do país. Exemplifica com já as citadas⁴⁴³ ADC's 43, 44 e 54 em que, recorde-se, fora proposto confirmar a constitucionalidade do artigo

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 527**. Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lesbicas e Transgêneros. Intimado: Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁴¹ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 210.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 215.

⁴⁴³ Quando tratamos do ativismo populista.

283 do CPP, evitando o decreto de prisão tão logo confirmada a condenação em segunda instância. Para ele, o silêncio bizantino do STF permitiu que o tema fosse “contaminado por uma polarização política que recrudescia na medida em que o STF não julgava, em definitivo, a questão. Essa inação ajudava a criar um cenário de insegurança e oportunismo populista”⁴⁴⁴.

Sobre a última forma de ativismo da tipologia de Georges Abboud, inicialmente, a ponderação de Luís Gustavo Bambini, para quem, ao tratar do controle processual sobre as ações do Judiciário, “O prazo previsto no Regimento Interno do STF é de 30 dias, mas os Ministros, às vezes, pedem vista por mais tempo. Em tese, isso é antirregimental, mas é estratégico”. Para ele, além de remover o assunto do fragor é útil pois incontestemente, afinal, “Não existe controle sobre o pedido de vista pelos Ministros do STF”⁴⁴⁵. Nesse cenário, recorda-se que em 2019, José Rodrigo Rodriguez, ao tecer críticas sobre a personalização dos julgamentos do Poder Judiciário, trouxe as seguintes considerações, quase uma deixa para que alguém pesquisasse a respeito:

Ademais, a existência de votos televisionados e de pedidos de vista, que suspendem o andamento do processo, podem servir para ativar a esfera pública ao permitir que ela se manifeste, por exemplo, por meio de artigos de jornal, blogues escritos de toda a natureza, sobre o caso a ser julgado, ou seja, permite que se ative a esfera pública para debater aquela questão específica. Imagina-se que a demora de alguns votos e pedidos de vista, muitas vezes, já esteja servindo a este fim, a despeito de tal uso não ser declarado expressamente pelos Ministros e Ministras⁴⁴⁶.

Pois bem, Georges Abboud tomou o *insight* e o categorizou na forma de ativismo que se relaciona às *funções administrativas do STF*, que, à primeira vista, parece ser o filho primogênito do há pouco citado *ativismo por inação*, uma vez que também se relaciona ao *timing* da pauta da Suprema Corte.

Embora a já ressaltada condição intradecisória do ativismo, Georges Abboud nota ao longo dos anos o recrudescimento de uma postura insidiosa do Judiciário face ao Legislativo e ao Executivo pela via da deturpação das funções administrativas do STF, ao socorro de uma agenda política/moral dirigida a fins políticos, mesmo involuntariamente. Para ele, o que se passou com as ADC's 43, 44 e 54 não é apenas

⁴⁴⁴ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 216.

⁴⁴⁵ BAMBINI, Luís Gustavo. O Poder Judiciário e seu protagonismo nas decisões políticas brasileiras. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política, São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 84.

⁴⁴⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 182.

sintomático enquanto *ativismo por inação* (tratado no último item) e *ativismo populista*, vendo-se também enquanto ativismo relacionado às *funções administrativas do STF*, denotando um concurso formal tríduo e não contraditório. Portanto, para ele, o que se descerrou a partir das ações declaratórias foram, a um só tempo, três formas de ativismo de sua tipologia: a *populista*, a *por inação* e a relacionada às *funções administrativas do STF*⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸. O que o leva a tal conclusão?

Diz que a Presidência do STF demorava, sem justificativas plausíveis, a pautar o julgamento de mérito das ações, o que, inclusive, levou com que os demandantes (PT e PC do B) protocolizassem em junho de 2018 petição exigindo o reconhecimento da omissão. Para o autor, inequívoca a fumaça da politização no engendramento, pois eram vésperas de eleição para o Governo Federal e a soltura do então ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, dependia do julgamento das ações. Nesse estertor, uma mudança no entendimento sobre a prisão em 2ª instância equivaler-se-ia, sob um olhar político-institucional, ao desarme (ou não) de uma ogiva de alguns megatons. Suspeitava-se que a demora em pautar as ADC's era pelo receio de que a libertação de Lula viesse a tumultuar o pleito eleitoral, cuja pré-candidatura foi insistentemente lançada pelo Partido dos Trabalhadores, embora a condenação em 2ª instância o tornando inelegível⁴⁴⁹.

Sendo bem metuculoso, Georges Abboud recorda que a *virada jurisprudencial* era praticamente certa, vez que no julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752⁴⁵⁰ a Min. Rosa Weber manifestara-se “pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena – apenas não voltou pela libertação do paciente por deferência ao Plenário – , o que bastaria para alterar o placar apertado que, por 6 a 5, decidiu por denegar a ordem”⁴⁵¹. Cimentando o argumento, o relator das ADCs, Min. Marco Aurélio, já em dezembro de 2017 liberara o caso para inclusão em pauta. Mais: já havia sido formada maioria contra a prisão em 2ª instância, de modo que o julgamento tão só sacramentaria em acórdão a posição da Corte, o que só ocorreu em 07.11.2019⁴⁵².

⁴⁴⁷ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 217.

⁴⁴⁸ Embora minha ressalva pessoal de que a última (*nas funções administrativas do STF*) está integralmente contida no *ativismo por inação*, sendo apenas, uma *forma* de expressar tal *ativismo*.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 217-2018.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 152752**. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁵¹ ABOUD, *op. cit.*, p. 217-2018.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 218.

Conclusivamente, destaca:

Confirmadas ditas suspeitas, queda à toda evidência uma tentativa de influência no pleito eleitoral por parte do Judiciário a revelar exorbitação de disfunções e atuação insidiosa por parte da Corte, como se ele coubesse escolher o melhor ‘timing’ para prolatar a decisão.

Ao fim, o que se conclui é que a atividade administrativa do tribunal, por omissão ou pró-atividade, torna ativista a postura do Judiciário⁴⁵³.

Lado outro, para demonstrar que imbróglio não foi o produto de todos os ministros do STF, indiferentemente, Georges Abboud traz a crítica e dá razão ao

[...] o Min. Gilmar Mendes [que] teceu duras críticas à mora na submissão da liminar em questão ao plenário, afirmando, inclusive, suspeitar de que o Relator, em lugar de prestar deferência aos seus pares e ao próprio Legislativo, preferiu prestigiar a ‘soberania do lavajatismo’.

Novamente, o Judiciário faz uso de prerrogativas administrativas referentes à organização da pauta de julgamento para decidir qual é o melhor timing para que uma decisão seja tomada⁴⁵⁴.

Já à primeira vista, nota-se que esta forma de ativismo se conecta estreitamente aos diálogos institucionais – ou talvez à falta deles. Ora, ainda que o STF não o faça declaradamente, quando dita sua pauta sobrestando ou acelerando o julgamento de uma dada ação e o faz amarrado a uma pauta contingencial, que lhe é estranha por desenrolar em outras instâncias, notadamente no Legislativo, fica parecendo que age como um satélite que orbita em rotação síncrona a um planeta, tal como a Terra e a Lua, que nunca revela sua face oculta.

Sobre os diálogos institucionais, reserva-se a análise para o final da pesquisa. Por agora, a despeito do ativismo judicial, cumpre examinar as reações legislativas.

4.2 Reações do Legislativo: das leis *in your face*, do descumprimento antecipado da Constituição e das respostas darwinistas

Embora o desenho institucional tripartite em que os Poderes exercem mútuo peso e contrapeso⁴⁵⁵, cabendo, todavia, ao Judiciário dar a “palavra final” sobre certas

⁴⁵³ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁵⁵ O desenho institucional *montesquieuniano* da tripartição de poderes baseada em *checks and balances* que objetiva, a um tempo, a independência dos Poderes sem descuidar o funcionamento sistêmico: “Eis, portanto, a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma atará a outra com a sua faculdade mútua de impedir. Ambas estarão atadas pelo poder executivo, que por sua vez o estará pelo legislativo. Esses três

matérias⁴⁵⁶, nota a doutrina certa tendência do Legislativo em adotar postura aparentemente revanchista para responder o que considera ativismo judiciário. São os fenômenos das leis *in your face*, o descumprimento antecipado da Constituição e as respostas darwinistas.

O primeiro, se opera na edição de leis que contrariam totalmente as decisões judiciais, especialmente as de Cortes Constitucionais. Conhecido no contexto estadunidense como leis *in your face*, o fenômeno é exemplificado por Sérgio A. F. Victor com o caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, em que a Suprema Corte reformou decisão de Corte Estadual, que determinou o pagamento de seguro-desemprego para funcionários demitidos por usarem *peiole* em cerimônias religiosas, sendo ela uma planta com propriedades alucinógenas. Ao reformar a sentença, o redator, *Justice* Scalia, considerou que a liberdade religiosa não poderia servir de apanágio para impedir a aplicação de leis gerais e abstratas, notadamente as que proíbem o uso de drogas. Para ele, exceptuar a regra liberaria, ainda que obliquamente, o uso de outras substâncias proibidas por grupos religiosos. O *Justice* O'Connor abriu divergência quanto à amplitude de interpretação das normas sobre liberdade religiosa, se seguiriam critérios estritos (como pontuava) ou amplos (como deliberou a maioria da Suprema Corte), o que gerou grande repercussão social e transbordou às fronteiras da política. A resposta veio com o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), que “expressamente reverteu a decisão da Suprema Corte no caso Smith, ao determinar que as leis gerais restritivas à liberdade religiosa fossem submetidas ao escrutínio judicial estrito”⁴⁵⁷. A questão

poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados a caminhar de concerto”. (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 176). O refino dessas ideias e sua aproximação à teoria contemporânea é laborada em toda obra, mas com maior acuidade nos artigos XLVII a LI do *The federalist papers*, de inescapável contribuição ao constitucionalismo, não sendo por menos que o seu mais prestigiado escritor, James Madison (1751 – 1836), que escreveu sob o pseudônimo de *Publius*, é tido por “pai” da Constituição dos Estados Unidos. (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787 - 1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 331-353). Para uma sagaz leitura sobre o sentido que Montesquieu atribuiu aos Poderes em *O espírito das leis*, especialmente pertinente ao presente trabalho pois também ergue questionamentos à importação de *modelos* institucionais tidos por ideais, veja-se RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 183-199.

⁴⁵⁶ Para precisas considerações sobre o que considera um recente agigantamento do Poder Judiciário em face ao Executivo no Brasil, criando um “segundo elemento de *checks and balances*”, veja-se: AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 110-111.

⁴⁵⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215-216.

teve ainda um terceiro turno de debate com o *case City of Boerne v. Flores*, oportunidade em que a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Religious Freedom Restoration Act* alegando que a lei violou a autorizada interpretação constitucional estabelecida pela decisão anterior⁴⁵⁸.

Um exemplo brasileiro do fenômeno é dado por Sérgio A. F. Victor ao rememorar caso que, de início, parecia autofágico, quando o STF mudou seu entendimento sobre a extensão do foro por prerrogativa de função, então cristalizado no enunciado 394 de sua Súmula⁴⁵⁹. O verbete sumular garantia a distinção processual a ex-detentores de cargos públicos em relação aos crimes praticados no exercício da antiga função. Com a mudança, o Supremo passou a rejeitar o foro por prerrogativa de função de todos os ex-servidores ou ex-agentes públicos, ao que, *no apagar das luzes* do ano legislativo de 2002, a resposta veio com a Lei 10.628/02⁴⁶⁰, que, bem dizendo, repristinou o superado enunciado sumular, tornando a estender a prerrogativa de foro em questão. Na ADI 2797-DF⁴⁶¹, no entanto, a lei foi invalidada considerando-se a inconstitucionalidade formal de leis que mirem a superação da interpretação constitucional da Corte.

O caso ainda imprime outra nuance que não pode ser olvidada. Como recorda o autor, o voto do Min. Gilmar Mendes divergiu da maioria objetando que “era papel do Legislativo editar leis e que aquele Poder, ao fazê-lo, também interpretava a Constituição”⁴⁶², o que, aliás, encontra guarida no comando segundo o qual as decisões em controle de constitucionalidade concentrado, inclusive a interpretação conforme, não vinculam o Poder Legislativo, consoante parágrafo único do art. 28 da

⁴⁵⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 216.

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 394**. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em 10 set. 2023.

⁴⁶⁰ BRASIL. **Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002**. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2797**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁶² VICTOR, *op. cit.*, p. 217.

Lei 9.868/99⁴⁶³. Sobre o ponto, inclusive, em lúcida crítica aos votos do Min. Sepúlveda Pertence e Eros Grau, o autor traz as seguintes ponderações:

O Poder Legislativo não se vincula às decisões do STF, sobretudo quando veiculadas no controle abstrato de normas, quando terão evidentemente, de uma forma ou de outra, caráter interpretativo. O sistema impede a veiculação e imponha a liberdade ao legislador como ponto central de seu mecanismo de funcionamento, pois é justamente quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes* – dos quais fica excluído o Legislativo – que a atuação do parlamento é potencialmente libertadora.

Quando se chega nesse ponto, somente o Poder Legislativo poderá reabrir o debate constitucional por meio da edição de uma nova lei, já que os outros poderes e órgãos estão vinculados pela decisão do Supremo Tribunal Federal, e este não pode agir de ofício e ditar uma lei nova.

Nesse caso, portanto, a única alternativa do sistema é a atuação do legislador. E foi essa atuação, exatamente nessas circunstâncias, a que se opôs o voto do Min. Eros Grau. É a Liberdade de conformação do legislador, salientada pelo Min. Gilmar Mendes, que pode impedir uma certa esclerose do sistema jurídico-político, caso ele chegue a tal ponto de travamento⁴⁶⁴.

Um caso mais recente, notabilizado não só porque alterou o texto constitucional, o que mudaria o nome do fenômeno de *leis in your face* para *emendas in your face*, é o da constitucionalização da vaquejada, elevada a elemento dístico do patrimônio cultural brasileiro, nos termos da Emenda Constitucional (EC) 96/17⁴⁶⁵. Para Georges Abboud, embora tratando da regulamentação legal da emenda, trata-se do melhor exemplo das *leis in your face* no contexto brasileiro:

O melhor exemplo parece ser a ADIn 4983, em que se definiu a proibição da vaquejada. Logo após a decisão, foi apresentado o PL 24/2016 para a regulamentação da vaquejada. Referido Projeto foi aprovado e convertido na Lei 13.364/2016 que passou a reconhecer a vaquejada como manifestação da cultura nacional e patrimônio cultural imaterial⁴⁶⁶.

⁴⁶³ “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

⁴⁶⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 231.

⁴⁶⁵ BRASIL. **Emenda constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportiva que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

⁴⁶⁶ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 40.

Quanto ao *descumprimento antecipado da constituição*, ainda com Sérgio A. F. Victor, trata-se da reação esdruxula do Legislativo quando “parlamentares aprovam leis que são populares sabendo-as inconstitucionais, confiando no controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em momento posterior”⁴⁶⁷. Exemplifica com a Lei Complementar 135/10, a Lei da Ficha Limpa⁴⁶⁸. O projeto teve origem popular⁴⁶⁹, o que forçou a aprovação parlamentar embora contrariando interesses próprios da classe, como as cláusulas que previam o alcance da Lei a eventos do passado, permitindo a punição de políticos que tivessem renunciado ao mandato antes mesmo do seu advento, algo flagrantemente inconstitucional⁴⁷⁰. Surpreendentemente, neste caso o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Lei⁴⁷¹.

Finalmente, sobre as repostas darwinistas do Legislativo ao Judiciário, Georges Abboud se refere a um conjunto de alterações legislativas que miram a previsibilidade, a não discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos e a segurança jurídica nas decisões judiciais que invalidam atos administrativos ou que imponham parâmetros regulatórios, quando ocasionalmente despidos de considerações sobre seus impactos econômicos, financeiros e sociais⁴⁷². Embora pareça cerceamento à jurisdição, para Georges Abboud consiste “antes, um conjunto lento e gradual de modificações que atua no sentido de redimensionar os limites da atuação judiciária, tolhendo-lhe uma liberdade que, em verdade, nunca existiu”⁴⁷³, mesmo porque a independência da magistratura tem lindes que não estão nos pruridos morais do

⁴⁶⁷ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 233.

⁴⁶⁸ BRASIL. **Lei complementar n. 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

⁴⁶⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei complementar n. 518, de 2009**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Autoria: Antonio Carlos Biscaia. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953#tramitacoes>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁴⁷⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 233.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4578**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais-CNPL. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054902>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁷² ABBOUD, *op. cit.*, p. 132-133.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 133.

jugador, mas no próprio Direito, democraticamente produzido. Vale dizer, o Judiciário é independente para julgar em conformidade à Constituição⁴⁷⁴.

Como primeiro exemplo, cita os requisitos de fundamentação estampados com o artigo 489, § 1º, do CPC⁴⁷⁵. Trata-se de seis comandos cuja inobservância inquina vício à decisão, destacando-se deles a necessidade de o julgador cotejar precedente ou enunciado de súmula ao caso sob julgamento, identificando entre eles os fundamentos determinantes que se ajustem reciprocamente. Há também a situação oposta: o afastamento de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem que o julgador tenha demonstrado a existência de distinção do caso sob julgamento ou mesmo a superação do entendimento.

Outra resposta darwinista segundo Georges Abboud operou-se com a Lei 13.655/18, que alterou profundamente a LINDB ao acrescentar artigos que dão certo pragmatismo decisório e interpretativo, ciosos pela estabilidade institucional e segurança jurídica⁴⁷⁶. Aliás, o artigo 20 da reforma foi citado quando tratou-se do ativismo judicial *puramente consequencialista*, na tipologia de Georges Abboud.

Tanto os novos critérios da decisão judicial na LINDB quanto os requisitos impostos pelo art. 489 do CPC, para Georges Abboud, se conjugam em importante bloco de legalidade que instaura e impõe ao julgador a necessidade de que seu provimento atenda a duas repostas. Segundo ele:

Em nossa visão, a criteriologia da LINDB, somada ao CPC 489 §1º, forma um bloco de legalidade que impõe ao julgador a obrigação de submeter sua decisão a teste de universalização funcional. Ou seja, a solução alcançada em sua fundamentação deve responder duas perguntas: a) A solução por ela alcançada é replicável em casos análogos do ponto de vista normativo? e b) ainda que ela seja replicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada em face das consequências administrativas e judiciais a serem por ela criadas?⁴⁷⁷

Mais um caso, para Georges Abboud, está na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19⁴⁷⁸) que representou um ataque ao *punitivismo processual penal*, também

⁴⁷⁴ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 133-134.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código

vista como reação à excessiva discricionariedade presente nalgumas decisões judiciais. Para ele, vetores desse propósito repousam nos artigos 9º e 22 que miram a inobservância de prescrições legais, especialmente o primeiro que criminaliza a decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais⁴⁷⁹. Para Georges Abboud, no seguimento de repostas darwinistas em esfera penal, o chamado *pacote anticrime* (Lei 13.964/19⁴⁸⁰) reconectou o Direito aos fatos do caso concreto. Destaca o acréscimo do § 2º ao artigo 315 do CPP, reprodução íntegra do já referido artigo 489, § 1º, do CPC⁴⁸¹.

O último exemplo de reposta darwinista para o autor está na reforma da Lei de Improbidade Administrativa, capitaneada pela Lei 14.230/21⁴⁸². Para ele, marcando a tendência ao mencionar os requisitos de fundamentação das decisões judiciais – o duas vezes citado artigo 489, § 1º, do CPC – buscou tornar mais efetivo o contraditório ao impor maior rigor e especificidade na indicação do ato de improbidade, tendo com isso posto uma série de requisitos a serem observados enquanto motivação no julgamento de ação de improbidade⁴⁸³.

Tendo visto todas essas questões, é curioso notar que, se de um lado o Legislativo empreende Cruzadas para mitigar ou enquadrar o poder decisório do Judiciário, sobretudo o do seu órgão de cúpula, há também o fenômeno reverso, não limitado à inércia ou aquiescência, mas, talvez, propalado por franco estímulo para que o Judiciário assumira as rédeas normativas sobre um dado tema. Para Luís Gustavo Bambini, esse protagonismo por vezes “cedido” do Legislativo ao Judiciário tem a raiz em dois inextricáveis elementos, associados às matérias espinhosas: receio de perda de dividendos políticos e a complexidade do tema. Com efeito, para ele, a polêmica que tende a imantar um *hard case* seria o suficiente para que o Legislativo

Penal). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

⁴⁷⁹ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 138.

⁴⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

⁴⁸¹ ABBOUD, *op. cit.*, p. 138-139.

⁴⁸² BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

⁴⁸³ ABBOUD, *op. cit.*, p. 139.

acenasse ao Judiciário, para que, então, este legislasse o tema sob a vantagem de uma (relativa) distância da opinião pública:

Parece que o Congresso Nacional tem entendido ser mais conveniente deixar a tomada de determinadas decisões para o Judiciário, uma vez que elas podem ser polêmicas e gerar externalidades nem sempre proveitosas politicamente. Ou seja, preferem não deliberar e permitir que a decisão seja tomada pelos Ministros do STF, que podem decidir de uma maneira mais ponderada e técnica, menos suscetíveis, portanto, ao calor da opinião pública⁴⁸⁴.

Essa cessão do Legislativo ao Judiciário é bem uma das modalidades descritas por Clarissa Tassinari de *supremacia judicial consentida*, que aposta no Judiciário como instância solucionadora dos problemas institucionais do país e se desdobra em três ideias: a de que somente o Judiciário constrói sentidos para o Direito (autoridade interpretativa exclusiva); a da maior capacidade técnica do Judiciário em avaliar e garantir o atendimento das demandas sociais (autoridade política); e a de que o Judiciário detém mais aptidão para resolver as controvérsias sociais, o que se associa à maior confiança nele enquanto órgão de Estado (autoridade simbólica)⁴⁸⁵. Para além de uma forma de se *evitar desgastes eleitorais*⁴⁸⁶, essa outorga excêntrica, ao rumo que a pesquisa pretende traçar, constitui um chamado à comunicação entre os Poderes, para que dialoguem. Ainda que isso se dê de forma tácita, se o adágio popular “conversando a gente se entende” for verdadeiro, é possível estar-se diante de um instrumento hábil a extinguir ou minorar as tensões institucionais. É esse o tema do próximo tópico.

4.3 Diálogo institucional: instrumento de entendimento entre Poderes

Um exemplo clássico de desarmonia institucional, notável queda de braço entre Poderes que traz elementos explorados no tópico anterior é trazido por Herbert Hart em sua *magnum opus O conceito de direito*, especificamente no capítulo que trata dos fundamentos dos sistemas jurídicos e suas patologias. Refere à “crise constitucional”, o caso *Harris vs. Dönges* que ocorreu na África do Sul em 1954. Ao divergir sobre os

⁴⁸⁴ BAMBINI, Luís Gustavo. O Poder Judiciário e seu protagonismo nas decisões políticas brasileiras. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política, São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 77.

⁴⁸⁵ TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo Montagner. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 79.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

poderes e competência do Judiciário, o Legislativo sul-africano passou a decretar medidas que os tribunais vieram a anular. A reação do Legislativo foi inusitada, com um novo caminho institucional: criaram uma corte especial de recursos para julgar as apelações contra as decisões dos tribunais comuns, que, como dito vinham anulando os seus decretos. Conforme os recursos ascenderam à novel corte especial, esta passou a reverter as decisões dos tribunais comuns, como esperado. Em novo contra-ataque, os tribunais comuns declararam inválido o Poder Legislativo que criou a corte especial, nulificando todas as suas decisões, por conseguinte. Esse ciclo, tal qual ouroboros que devora a si próprio sem se consumir integralmente, seria interminável caso não interrompido pelo governo: “teríamos tido uma oscilação interminável entre duas interpretações sobre a competência do poder legislativo e, portanto, sobre os critérios de validade do direito”⁴⁸⁷.

Não é o caso de analisar as causas ao embate no país de Nelson Mandela, ou o mérito do caso *Harris vs. Dönges*. Indo muito longe, pode-se pensar que a distância física seria um dos impecos que obstaculizou o diálogo institucional por lá, pois, recorda José Afonso da Silva, na África do Sul cada um dos Poderes tem capital própria: “[...] Pretória é sua capital administrativa; a Cidade do Cabo, sua capital parlamentar; e Bloemfontein sua capital judicial”⁴⁸⁸. Assim, para além das causas desse caso emblemático, fica a conclusão de que as tensões institucionais, quando excedem certos níveis toleráveis, nada trazem de alvissareiro. São conflitos intestinais que quando pouco ameaçam a segurança jurídica, quando muito, a própria democracia. Situação como essa, aliás, foi explorada no tópico anterior sobre as respostas legislativas (*leis in your face/respostas darwinistas do Legislativo*). De momento, abre-se questão para saber quem exerce vigilância, a sindicabilidade ou o que seja numa suposta ingerência entre a Política e o Direito. Termos outros, afinal, é o Direito quem corrige a Política ou é a Política quem molda o Direito estabelecendo os critérios jurídicos que delimitam as suas fronteiras de atuação.

Georges Abboud, ao tratar do caso em que o então Presidente da República Jair Bolsonaro concedeu graça⁴⁸⁹ a aliado político, o deputado Daniel Silveira, para

⁴⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 157-158.

⁴⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 752.

⁴⁸⁹ BRASIL. **Decreto de 21 de abril de 2022**. Concede graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 02 set. 2023.

tornar ineficaz decisão condenatória do Supremo, afirma que embora a política possa “enriquecer cognitivamente a jurisdição constitucional mediante realização de diálogos entre Poderes”, pressupõe-se em uma democracia constitucional que o Direito corrija “as ilegalidades perpetradas pela política”, o que o faz justamente pela via da jurisdição constitucional⁴⁹⁰. Nessa trilha, então, é a Constituição quem outorga a autonomia ao Direito, que, apesar do enriquecimento aludido, não pode vir a ser domado pela Política, como, aliás, corrobora Marcelo Neves:

A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural. Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras⁴⁹¹.

Noutros termos, para Georges Abboud, “só o direito corrige o direito”⁴⁹², de modo que negar a sua autonomia equivale a escancarar as portas ao ativismo e à discricionariedade judicial, permitindo a “*colonização do normativo por ideologias políticas*”⁴⁹³. Embora pareça refratário à Política, Georges Abboud arremata o ponto expressando o desejo de harmonia entre as ciências: “De nossa parte, não queremos um retorno para uma era menos política, em que a política não poderia ser judicializada”, reportando-se ao tempo em que o “Chefe do Executivo materializava a vontade indiscutível do povo e que, a pretexto de não poder se intrometer na política, o Judiciário não exercia controle algum sobre a política”, concluindo que “Política e direito não são excludentes, nem inimigos”⁴⁹⁴.

Mais que instrumento voluptuário do jogo democrático, que apenas acentuasse a constitucionalidade de uma norma (legislada ou a adjudicada), casos há em que o diálogo institucional é necessário para evitar a esclerose do sistema jurídico-político, como aponta Sérgio A. F. Victor ao examinar entendimento do Min. Gilmar Mendes sobre a superação legislativa das decisões do Supremo quanto ao foro por prerrogativa de função de ex-detentor de autoridade⁴⁹⁵. Então, nesse caso, segundo

⁴⁹⁰ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 235.

⁴⁹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

⁴⁹² ABBOUD, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 142.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁹⁵ A ADI 2797 tratada no tópico anterior. Vide a nota 461. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2797**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>. Acesso em: 10 mar. 2024.

ele, o Min. Gilmar Mendes acompanhou, embora sob outros argumentos, a divergência aberta pelo Min. Eros Grau no sentido da não vinculação do Poder Legislativo frente às decisões judiciais, sustentando no voto que

não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a 'última palavra' dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é que *se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar*⁴⁹⁶.

Por ser expedito por alta autoridade de Estado, que muito mais que teorizar a respeito vivencia a institucionalidade em seu alto grau, é de convir que o argumento ganha proeminência. Ademais, assumindo que o debate institucional *deve continuar*, imprime-se a ideia de os diálogos serem um eterno *continuum*.

Aos exemplos notórios, além do citado *habeas corpus* (HC) 154.248-DF, que equiparou a injúria racial ao crime de racismo, levando o Legislativo a tipificar a primeira na Lei do Crime Racial⁴⁹⁷, outro caso recente de diálogo institucional Judiciário-Legislativo se deu com o HC 143.641-SP⁴⁹⁸. O caso é importante não só pelo tema em si (cárcere de mulheres grávidas ou com crianças sob sua responsabilidade), mas pelas mudanças na doutrina do remédio constitucional: admitiu a pluralidade de postulantes/pacientes e o efeito decisório ultrapassou os tradicionais lindes *inter pars*, isto é, fora dado efeito *erga omnes*. Na espécie, o STF conheceu de *habeas corpus* coletivo que expunha a situação degradante de um conjunto de mulheres grávidas ou com crianças sob sua responsabilidade, presas cautelarmente. Considerando que a proteção a elas implicaria, em regra, o resguardo aos filhos, que, ao final, são os que mais sofrem com as consequências do cárcere materno e nada têm a ver com a atitude de suas progenitoras⁴⁹⁹, concedeu-se a ordem para substituir a prisão cautelar (preventiva ou temporária) pela domiciliar, sem

⁴⁹⁶ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 231.

⁴⁹⁷ Vide a nota 235.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 143641**. (2. Turma). Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coatores: Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁹⁹ E nem poderia sê-lo, pela inimputabilidade e pela intranscendência.

prejuízo das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP. Então, à luz do novo entendimento do Supremo, o Legislativo editou a Lei 13.769/2018⁵⁰⁰, promovendo alterações no CPP nos artigos 318-A e 318-B, que, em suma, dispõe que a prisão preventiva de gestante ou de quem for mãe responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, e que não tenha sido cometido contra filho ou dependente.

Trata-se de salutar diálogo institucional, a respeito do qual Georges Abboud acena que

O exemplo trazido demonstra como o diálogo também tornaria possível ao Legislativo se atualizar, com mais dinamicidade e rapidez, em relação às tendências judiciais mais pronunciadas nas Cortes Superiores, captando, também por essa forma, certos anseios ou insatisfações populares⁵⁰¹.

Os diálogos institucionais não se limitam à via *decisão judicial-lei*. Há casos em que a resposta legislativa se dá com a aprovação de emenda constitucional, outorgando ao Congresso Nacional – ainda que por via oblíqua – a palavra final no debate. Como acentua Sérgio A. F. Victor, alteração desse jaez “altera a própria regra de base do diálogo”⁵⁰². Para ele, “a resposta via emenda é quase um monólogo, pois,

⁵⁰⁰ O PLS n. 64/2018 da Senadora Simone Tebet (MDB/MS) foi apresentado já em 28.02.2018, no Pleno do Senado. Menciona expressamente a decisão do STF: “Tais circunstâncias foram recentemente apontadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. O egrégio Tribunal entendeu não restar dúvidas de que a segregação terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Além disso, seriam evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. Assim, o STF decidiu que deveriam ser substituídas todas as prisões preventivas por domiciliares, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008) e Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálísimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelo juízes”. O projeto e seu trâmite estão disponíveis em: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 64, de 2018**. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Autoria: Senadora Simone Tebet (MDB/MS). Brasília, DF: Senado Federal, [2018]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-64-2018?_gl=1*1msijqy*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_2TJV0B8LD3*MTY5MzU3NDE5NC4xLjAuMTY5MzU3NDE5NC4wLjAuMA. Acesso em: 25 ago. 2023.

⁵⁰¹ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 162.

⁵⁰² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226.

salvo raras exceções [...] será difícil uma reação do Supremo”⁵⁰³. Considerando a relativa facilidade de emendamento da Carta de 1988⁵⁰⁴, exemplifica com a interpretação do Supremo acerca da progressividade de alíquotas no Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU). O STF decidiu no RE 153.771-MG⁵⁰⁵ que somente se admitiria a progressividade para atendimento da finalidade extrafiscal, isto é, uma adequação do uso da propriedade à sua função social, visto a sua natureza real. Eis que, no ano 2000 é aprovada a EC 29⁵⁰⁶, que, ao alterar o §1º do art. 156, autorizou a progressividade na alíquota de IPTU considerando o valor venal do imóvel, isto é, reestabeleceu a constitucionalidade da regra outrora derrubada pelo STF. Concluindo, assevera que neste caso “A Corte não reagiu à alteração constitucional, de modo que o Parlamento (o Poder Constituinte derivado) deu a última palavra sobre o assunto”⁵⁰⁷.

Cita, ainda, a jurisprudência do Supremo sobre a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, matéria cristalizada no enunciado 670⁵⁰⁸ de sua Súmula, sob três precedentes representativos⁵⁰⁹. Premido pelas localidades que tinham na exação

⁵⁰³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵⁰⁴ Para um exame crítico sobre a questão, especialmente sobre a análise do custo de governabilidade ao incorporar no texto constitucional excessivos dispositivos de *policy* e não de *polity*, veja-se ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G., Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220.

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 153771**. Recorridos: Jose Tarcizio de Almeida Melo e Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1545910>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁵⁰⁶ BRASIL. **Emenda constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

⁵⁰⁷ VICTOR, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 670**. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula670/false>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento AI 231132**. Agravante: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Agravados: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Carlos Velloso. 25 de maio de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1735036>. Acesso em: 10 mar. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 233332**. Recorridos: Município de Niterói e Sylvio de Almeida. Relator: Min. Ilmar Galvão. 10 de março de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1722000>. Acesso em: 10 mar. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 231764**. Recorridos: Município de Niterói e Julinha Valério. Relator: Min. Ilmar Galvão. 10 de março de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1718289>. Acesso em: 10 mar. 2024.

importante fonte arrecadatória, o Congresso aprovou a EC 39/02⁵¹⁰, que subtraiu a taxa e permitiu que municípios e o Distrito Federal possam instituir por lei a *contribuição* para o custeio do serviço de iluminação pública⁵¹¹.

Outro caso de interdição no diálogo institucional por mudanças nas regras que o subjazem, isto é, inovações constitucionais que, falando vulgarmente, alteram as regras do jogo sem permitir novo turno ou, quando muito, turno diferido, ocorreu no bojo da ADI 14⁵¹². Nela, o Supremo consignou que as vantagens de caráter pessoal não seriam computadas para aferir o teto remuneratório do funcionalismo público balizado pelo art. 37, XI, da Carta. Quase dez anos após o julgamento é aprovada a EC 19/98⁵¹³, que expressamente inseriu as vantagens pessoais no aludido cômputo, superando a decisão. De acordo com o Sérgio A. F. Victor, o STF, “em sessão administrativa (24-6-1998), decidiu que a nova fórmula de cômputo do teto não seria autoaplicável, dependendo de desdobramento legislativo”⁵¹⁴. Na sequência de eventos, então, é aprovada a EC 41/03⁵¹⁵ que trouxe redação muito clara no sentido de que as vantagens pessoais devem ser incluídas no cômputo do teto remuneratório, prevendo ainda, ao reportar o art. 17 do ADCT⁵¹⁶, a autoaplicabilidade do teto além da impossibilidade prévia de eventual demandante evocar argumentos com base em direito adquirido. Houve uma última resposta da Corte Constitucional com o MS

⁵¹⁰ BRASIL. **Emenda constitucional n. 39, de 19 de dezembro de 2002**. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc39.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

⁵¹¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 14**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja. 28 de setembro de 1989. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483275>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁵¹³ BRASIL. **Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3. Acesso em: 14 set. 2023.

⁵¹⁴ VICTOR, *op. cit.*, p. 223.

⁵¹⁵ BRASIL. **Emenda constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

⁵¹⁶ Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

24.875-DF⁵¹⁷, quando considerou a irredutibilidade de vencimentos uma forma qualificada de direito adquirido, tendo então, como rememora o autor, “[protraído] no tempo, assim, o cumprimento integral dos termos da alteração constitucional”⁵¹⁸.

Seguindo essa linha, o revanchismo que malbarateia o diálogo institucional é bem explanado por Conrado Hübner Mendes na recente obra que compila ácidos textos a respeito da denominada *magistocracia*. Recordando um conceito elementar, o de que diálogo pressupõe dois entes conversando, e a respeito de um excessivo acionamento do STF em razão de movimentos erráticos do Governo de Jair Bolsonaro, em particular o lamentável descaso com os povos originários, dá o tom:

O STF está há um ano expedindo ordens para que o governo ofereça um plano de proteção sanitária das terras indígenas. Há um ano tenta envolver o governo num ‘diálogo institucional’ com STF e num ‘diálogo intercultural’ com os povos indígenas. Há um ano recebe do governo planos precários até que o quarto plano foi aprovado, em parte. [...] Não pode haver prova mais contundente de que ‘diálogo institucional’, de boa-fé, não funciona com o governo de má-fé. Um governo que toda semana sinaliza, do alto do palácio, autorização para a invasão de terra indígena, e ainda promete leniência fiscalizatória e anistia futura, não está interessado no diálogo. Mas está muito interessado nesse ingênuo pingue-pongue do STF, na inocência cor-de-rosa do ministro⁵¹⁹.

Conquanto as situações em que o diálogo institucional mais se assemelha a um monólogo e os casos em que as respostas (tanto as legislativas quanto as judiciárias) mais pareçam provocações do que efetivamente repostas, como personificam os exemplos acima, ainda assim este é o método que teóricos apresentam como a solução que tenderia a acabar – ou quanto menos a diminuir para níveis toleráveis – as tensões entre as instituições. Para retomar a linha proposta nesta pesquisa, o Direito de matriz jurisprudencialista a que o Brasil vem encarnando centraria a forja do Direito na mão de juízes e isso, se imantado em má tendência, quedaria em pernicioso (se é que há benigno) ativismo judicial. Pois bem. Nesse cenário, a inexcedível pergunta surgente é: então, como realizar o diálogo institucional? Como estabelecer e manter as conversas institucionais? Para recordar

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS 24875**. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outro(a/s). Impetrados: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 11 de maio de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2214843>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁵¹⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 224.

⁵¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia**: vícios e disfarces do judiciário brasileiro. São Paulo: Todavia, 2023. p. 237.

do fetichismo legal tratado noutra oportunidade, a solução para tal demandaria uma espécie de regra sobre a regra, uma *metra-regra* que, para além das já disciplinadas normas sobre o processo legislativo, se ocupasse de uma dialética entre Poderes? Ou seria o caso de simplesmente deixar que as regras informais deem conta? Mais ainda, é juridicamente possível e democraticamente recomendável o tal diálogo institucional quando uma das partes é autoridade que deve(ria) se manter relativamente distante das artimanhas da Política? Afinal, com sustenta Sérgio Abranches, “Chefes do Executivo e do Legislativo costumam se reunir para discutir impasses e formas de promover a agenda de políticas públicas”⁵²⁰. Isto, aliás, e diferentemente de como ocorre em países parlamentaristas, é típico dos regimes presidencialistas em que, mais do que necessário, é salutar o entendimento direto entre os chefes do Executivo e do Legislativo para, por exemplo, “eliminar impasses em temas que implicam a ação cooperativa, como a aprovação do Orçamento”⁵²¹. Nesse passo, o busílis está quando se senta à mesma mesa do diálogo institucional o Chefe do Poder Judiciário. Isto, mesmo num país de regime parlamentarista causa estranheza para Sérgio Abranches, que embora considere normal que chefes do Executivo e do Legislativo façam promessas de caráter político, expõe contrariedade quando tal é feito por membro do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Sob essa inspiração, indaga (e responde) Sérgio Abranches: “O que pode prometer o presidente do Supremo Tribunal Federal? Nada, além de fazer cumprir a Constituição, independentemente dos caprichos da política, e respeitar a decisão do colegiado”⁵²². Para ele, a natureza anômala do Judiciário e o desenho da República impõe aos juízes salutar equidistância das disputas políticas, não havendo que se falar, por outro lado, em furtar-se ao mister de julgar eventual medida inconstitucional, eis que, neste caso, se trata de competência já politicamente pactuada⁵²³.

Dessa forma, o encontro entre o então recém-empossado Presidente da República Jair Bolsonaro com os chefes das duas Casas do Legislativo e do Judiciário no ano de 2019, que tinha por pauta um tal pacto político em prol de reformas que seriam propostas, não passou imune à crítica do sociólogo que, ao passar o raio-x pelo nosso sistema de governo, criou a tão falada locução “presidencialismo de

⁵²⁰ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 197.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*, p. 198.

⁵²³ *Ibid.*

coalizão”⁵²⁴. A contundente crítica de Sérgio Abranches, temperada com o movimento de resposta dos demais membros do Supremo e de parlamentares, além de manifestação de associação classista da magistratura brasileira é transcrita abaixo. Embora longa, vale a apreciação:

A reunião entre o presidente Bolsonaro, os presidentes da Câmara, Rodrigo Maia, e do Senado, Davi Alcolumbre, e o presidente do STF, Toffoli, que ocorreu em 2019 supostamente com o objetivo de fazer um pacto político pelas reformas, foi um sério sintoma de anomalia político-institucional. Os presidentes das duas Casas do Congresso compareceram sem ter respaldo da maioria de deputados e senadores. Fato posteriormente reconhecido pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia, para dizer que nada poderia assinar sem consulta a seus pares. Já havia circulado na imprensa que Dias Toffoli anelava a ideia de um pacto institucional pelas reformas. A estranha reunião entre os chefes dos Poderes suscitou reações imediatas. A expectativa do presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, de um pacto escrito entre os Poderes pelas reformas foi denunciada por seus vícios de origem e sua presença na reunião dada como inadequada por seus pares. Ministros da Suprema Corte lembraram que ele não tem delegação do plenário para tanto e que o STF é um colegiado. Seu presidente não tem poderes para cumprir o papel que Toffoli se atribuiu. Mas ele tem manipulado a agenda do colegiado, incluindo e retirando processos para julgamento, de acordo com seu único juízo. Associações de magistrados chamaram a atenção para o fato de que o presidente do STF não tem nem autoridade nem legitimidade para comprometer a Corte com uma agenda que terá que examinar no exercício de sua função jurisdicional, como guardião da Constituição. A participação do presidente da Câmara, Rodrigo Maia, provocou resposta imediata de várias lideranças e deputados que alertaram para o fato de que o Congresso representa todos os partidos nele presentes. Maia recuou e disse que não poderia assinar pacto algum sem a anuência da maioria dos líderes na Câmara. A ideia do pacto naufragou democraticamente no Legislativo, nas conversas fora da Ordem do Dia, na qual as lideranças fazem acordos de procedimentos, e na Suprema Corte, nos encontros entre os ministros fora das sessões televisionadas. Um pacto dessa natureza seria um tema apropriado apenas a partidos políticos, eventualmente com a mediação política dos chefes do Executivo e das Casas do Congresso. Para chegar a ele, deveria haver um rito democrático de consulta ampla aos plenários, sem o qual os chefes dos Poderes se transformariam numa troika autocrática e antirrepublicana⁵²⁵.

Ponderando sobre o que taxou de anomalia político-institucional a tal reunião de 2019, particularmente a presença do Min. Dias Toffoli como chefe do Poder Judiciário, immanentemente comprometido com a Democracia, Sérgio Abranches sustenta que a arquitetura constitucional pautada num regime democrático impõe a adstrição do Judiciário às suas funções jurisdicionais de defesa da Constituição, afastando-se a possibilidade de negociações de quaisquer espécie, ainda que fossem

⁵²⁴ Vide a nota 180.

⁵²⁵ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 198-199.

para debelar o fechamento do Judiciário, como supostamente queriam militantes do presidente da República àquela época. Uma ameaça à integridade da Suprema Corte, nestes termos, seria para ele uma ameaça à própria democracia, não guardando lógica um pacto pelo respeito aos limites da democracia, pois este já existe e está materializado na Carta de 1988⁵²⁶.

Ainda sob a leitura de Sérgio Abranches, a democracia é tão elástica que permite a todos os cidadãos a livre manifestação de opiniões, mesmo às contrárias aos valores democráticos, limitando, tão só, os atos concretos que objetivem solapar o regime constitucional do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, não sendo o Min. Dias Toffoli um mero cidadão, mas um magistrado a quem cumpre deveres e obrigações distintas, considera incompatível com a democracia a sua presença em uma reunião com pauta nitidamente política. Afinal de contas, transpondo os limites do cargo, ocorre a sua politização, constitucional e regimentalmente vedadas. Aliás, pontua que o afastamento do cargo de ministro do STF da política é simbólica e já está no próprio critério de eleição para a sua presidência, ocupada por um rodízio cujo critério básico é a antiguidade. Outro reflexo centrípeto dos juízes em relação à Política, para Sérgio Abranches, está na restrição de manifestação no desempenho do seu mister institucional. Apenas nos autos, como se diz. Fica, assim, a Política a cargo dos políticos – para abusar de uma obviedade⁵²⁷.

A leitura crítica do exemplo trazido por Sérgio Abranches, merecedora de toda a atenção, pois nitidamente ciosa de imperativos democráticos, não deve perder de vista o quão esdrúxulo foi o famigerado encontro entre as máximas autoridades dos Poderes da República em 2019, mirando um pacto político-institucional que permitisse reformas que ainda seriam propostas. E a estranheza não reside no encontro em si, mas porque fora (quase) celebrado *a priori* e não de forma contingencial, no que essencialmente destoa do diálogo institucional levado à efeito pelo Min. Gilmar Mendes, no exemplo extraído da obra de Sérgio A. F. Victor.

Dessa forma, podemos concluir que o *timing* do diálogo institucional importa, na medida em que contraria qualquer lógica institucional o fato de o Presidente da República pedir – fora da hipótese de *habeas corpus* – salvo-conduto, algo como um cheque em branco ao Presidente da Suprema Corte, para que este avalize as reformas

⁵²⁶ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 200.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 200-201.

ainda por implementar. No limite, um aceno à prevaricação.

Outro ponto que merece atenção está no fato de que, em regra, ao se teorizar sobre os diálogos institucionais entre o Poder Judiciário e outros Poderes são trazidos exemplos cujas pautas são do interesse de uma certa coletividade, grande ou pequena, como é o supracitado *habeas corpus* que tratou da situação de cárcere de gestantes e mães responsáveis por crianças. Isto é, ressaltando-se o caráter público do mecanismo, não são dados exemplos de pautas particularistas. Daí, abre-se questão: seriam todos os diálogos salutares?

Recordando a tipologia dos ativismos judiciais de Georges Abboud, em particular o das funções administrativas do STF, bem dizendo o poder de agenda para nutrir interesses escusos, vem à tona um exemplo em que o diálogo institucional foi utilizado, aparentemente, ao beneplácito de uma ou duas categorias. Trata-se da Ação Originária (AO) 1.773-DF⁵²⁸, ajuizada com o objetivo inicial de reverter a negativa administrativa tomada por um grupo de magistrados federais que pleiteava *ajuda de custo para fins de moradia*, cifra de caráter indenizatório prevista no artigo 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)⁵²⁹, até então paga aos magistrados e conselheiros atuantes junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministros do STF e a uma miríade de juízes e promotores de justiça estaduais, de acordo com as respectivas iniciativas dos órgãos respectivos. Detonada a ação em 19/04/13, em setembro do ano seguinte o relator, Min. Luiz Fux, deferiu a tutela antecipada requerida e estendeu a verba a toda a magistratura federal – e por simetria a membros do Ministério Público⁵³⁰ – desde que o agente não tivesse à disposição no local de atuação imóvel funcional. No plano normativo (e falando apenas da magistratura), a decisão foi galvanizada com a Resolução 199 de 07/10/14 do CNJ⁵³¹, que, além de excepcionar o pagamento aos juízes que tivessem residência oficial à disposição na comarca atuante, também vedou aos inativos,

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária AO 1773**. Autores: Dimis da Costa Braga e outro(a/s). Réu: União. Relator: Min. Luiz Fux. 26 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁵²⁹ BRASIL. **Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 04 set. 2023.

⁵³⁰ A simetria das carreiras do Ministério Público com a magistratura está estampada, no plano normativo, no art. 227, VII, da Lei Complementar 75/1993 e no art. 50, II, da Lei 8.625/1993.

⁵³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 199, de 7 de outubro de 2014**. Estabelece que a ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art. 65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, de caráter indenizatório, é devida a todos os membros da magistratura nacional. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2076>. Acesso em: 28 set. 2023.

licenciados, aos sem percepção de subsídio e, ainda, aos que tivessem cônjuge ou companheiro percebendo vantagem de igual natureza, salvo se residente noutra localidade.

Anos se passaram com a reunião das AO's 1.389, 1.776 e 1.946, da Ação Cível Originária (ACO) 2.511, além da habilitação de outras tantos interessados, a saber, juízes federais individualmente; associações classistas, como a Associação dos Juizes Federais (AJUFE), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); além de entes federativos, como o Estado do Rio Grande do Sul, de São Paulo e do Piauí. Enquanto isso, a liminar seguia com os pagamentos de auxílio-moradia, ressalvadas as hipóteses mencionadas.

Entrementes, precisamente em 13/08/15, *por iniciativa do STF* – enfatize-se –, é apresentado na Câmara dos Deputados o PL 2.646/15⁵³² que propõe o aumento do subsídio dos seus ministros e que, por conseguinte, guindaria o salário de toda a magistratura nacional e dos membros do Ministério Público em função do arrastamento constitucional de que tratam os artigos 37, XI, e 128, § 5º, I, “c”, da Carta de 1988⁵³³, o chamado *efeito cascata*. Embora tenha tramitado sob regime de urgência, aludido projeto só veio a ser sancionado em novembro de 2018, virando, então, a Lei 13.752/18⁵³⁴ que elevou em 16,38% o subsídio dos ministros da Suprema Corte, de R\$ 33.763,00 para R\$ 39.293,32.

Curiosamente, o julgamento da AO 1.773-DF, embora a mencionada pendência da liminar, só se deu no dia em que sancionada a Lei 13.752/18, isto é, em 26/11/18.

⁵³² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 2.646, de 13 de agosto de 2015**. Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal referido no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal, e dá outras providências. Autoria: Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1635730>. Acesso em: 28 set. 2023.

⁵³³ Art. 37, XI: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos [...] aplicando-se como limite [...] o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”. Art. 128, § 5º, I, “c”: “[...] Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias [...] c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I”.

⁵³⁴ BRASIL. **Lei n. 13.752, de 26 de novembro de 2018**. Dispõe sobre o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13752.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

De caráter monocrático, ao mencionar a grave crise econômica que acometia o país, a decisão dá conta da superveniência da referida lei e faz certa ponderação sobre a importância da Corte em se atentar ao impacto orçamentário que a liminar produzira, sublimando a atenção diante do então recém-aprovado reajuste salarial. Menciona expressamente os três vetores que devem guiar a atuação judicial na resolução de conflitos, sobretudo os que carregam voltagem de índole política: o antifundacionalismo, o contextualismo e, com especial ênfase, o consequencialismo. No *locus* dispositivo, revogou a tutela antecipada e vedou, a partir da implementação do aumento salarial trazido pela nova lei, o pagamento de auxílio-moradia a qualquer magistrado e membro do Ministério Público brasileiro, a qualquer título, tendo determinado, ainda, a suspensão de todas as ações que ventilassem a matéria em todos os tribunais e juízos do país. Finalmente, ao tempo que suspendeu as Resoluções CNJ 199/14 e CNMP 117/14 (esta disciplinava o auxílio no âmbito do Ministério Público), a decisão determinou fossem as entidades oficiadas para regulamentarem o auxílio em seus respectivos âmbitos de atuação, conforme decisão.

Ao fim do imbróglio, o CNJ editou a Resolução 274 de 18/12/18⁵³⁵ que, sob o influxo da decisão do Supremo, restringiu substancialmente as hipóteses de concessão do auxílio-moradia a magistrados, para os quais a benesse passou a ser paga somente mediante o concurso das seguintes condições: não existir imóvel funcional disponível na comarca de atuação; o cônjuge ou companheiro, ou qualquer pessoa que resida com o magistrado, não ocupar imóvel funcional nem receber ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia; o magistrado ou seu cônjuge ou companheiro não seja ou tenha sido proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel na comarca onde for exercer o cargo, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, nos doze meses que antecederam a sua mudança de comarca ou juízo; o magistrado deve encontrar-se no exercício de suas atribuições em localidade diversa de sua comarca ou juízo original e em caráter temporário, caracterizado pelo desempenho de ação específica. Além do mais, consta da norma administrativa que a indenização será destinada exclusivamente ao ressarcimento de despesas comprovadamente realizadas com

⁵³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 274, de 18 de dezembro de 2018.** Regulamenta o pagamento de auxílio-moradia no Poder Judiciário Nacional. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_274_18122018_20122018152034.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

aluguel de moradia ou hospedagem administrada por empresa hoteleira, sendo vedada a sua utilização para o custeio de despesas com condomínio, telefone, alimentação, impostos e taxas de serviço.

O que se tem de tudo isso é que parte considerável da magistratura nacional e dos membros do Ministério Público receberam o auxílio-moradia por pouco mais de quatro anos em razão de uma decisão *in limine*, precária em sua essência. Embora não se defenda o açodamento das decisões judiciais ao reconhecimento de que elas também têm um *timing* de maturação, a situação exposta, porém, inspira a crítica quanto à agenda, a pauta da Corte. Nesse caminhar, não seria de se pautar o quanto antes a questão, afeta a matéria tão sensível numa República: o bolso do contribuinte? Seriam desde sempre importantes os elementos mencionados na decisão monocrática que revogou a mencionada tutela, ou tais considerações – ante a sincronicidade com a lei que majorou o subsídio dos ministros – vieram a ser tornar importantes posteriormente?

Fora de jogo esquadrihar o merecimento ou a justiça no pagamento de auxílio moradia a juízes e membros do Ministério Público. A questão não é esta, mas, como esboçado, trata-se de examinar criticamente a agenda do diálogo, o seu *timing*, especialmente pelo peso vultoso aos cofres públicos que representou esse suposto direito, garantido *in limine* e por anos a fio, sem que se tenha aventado ao desfecho da AO 1.773-DF repetir o indébito dos que receberam (precariamente) a soma, visto que os efeitos da decisão foram prospectivos (*ex nunc*), como, aliás, fez constar o relator na decisão examinada: “[...] REVOGO, com efeitos prospectivos (*ex nunc*), ex vi do art. 296 do NCPC, as tutelas antecipadas exaradas nestes autos e nos que lhes são correlatos, afastando qualquer pretensão de ressarcimento pretérito ao Erário, para [...]”. É nesse caminho e sob tom mordaz que é erigida a dita *magistocracia*, o termo ácido bradado por Conrado Hübner na recente obra, já citada, que compila colunas da *Folha de S. Paulo* e de outros periódicos. Num dos artigos, ao ironizar a postura de certos magistrados conhecidos no cenário nacional quando perguntados sobre o recebimento da verba anômala, cutuca a ferida:

Após mais de quarenta meses da decisão liminar de Luiz Fux em 2014, que concedeu auxílio-moradia de 4300 reais a juízes de todo o Brasil, o Supremo Tribunal Federal pôs o caso em pauta. As razões que explicam por que o plenário da corte ficou em silêncio até hoje escapam à esfera pública. Nesse longo intervalo, e com base jurídica precária, mais de 1 bilhão de reais foram

gastos. Mesmo que o STF considere ilegal o pagamento, o ressarcimento aos cofres públicos não virá⁵³⁶.

Noutro editorial, atacando a curiosa retirada da AO 1.773-DF de pauta e denunciando o furto do tribunal em responder, afinal, se a prática do pagamento de auxílio-moradia é ou não constitucional, foi novamente categórico:

Quatro anos (e mais de 5 bilhões de reais) depois, retirou o caso da pauta do STF e afirmou que a Câmara de Conciliação do governo federal vai buscar 'saída de consenso' entre as partes. Pretexto malandro, pois não há partes a serem conciliadas diante da situação ilegal⁵³⁷.

Tudo isso nos leva a crer que não basta tão só celebrar o diálogo institucional, puro e simples, como a postura de um terceiro que se jubila por ver adversários em processos de entendimento. Importante, pois, analisar o que subjaz enquanto pauta do diálogo, sua forma, e, como ficou claro com o exemplo acima: a sua agenda. Noutros termos, a atenção ao mecanismo dialógico entre Poderes, sobretudo quando um dos seus atores é o Poder Judiciário – como já asseverado, distante do jogo político –, deve mirar a natureza da conversa, se se trata de *assuntos republicanos* (como o jargão dos politólogos prefere⁵³⁸) ou particularistas. O caso do auxílio-moradia é ilustrativo nesse sentido, afinal, a liminar que garantiu o pagamento de verba de constitucionalidade duvidosa foi mantido até o dia em que, provocado, o Legislativo aprovou o aumento salarial à magistratura, incremento este que, curiosamente, quase igualou os valores pagos até então a título de auxílio-moradia.

No fecho do capítulo, para direcionar o trabalho às derradeiras conclusões, tem-se que o ativismo judicial no contexto brasileiro, como possível fruto do incremento da cultura jurisprudencial, tem recebido por parte do Legislativo golpes normativos que buscam impor à decisão judicial critérios ótimos no que diz respeito à motivação, sem descurar de um olhar prospectivo, às consequências. Há também, como visto, as reações puramente revanchistas do Legislativo ao Judiciário, a respeito

⁵³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia**: vícios e disfarces do judiciário brasileiro. São Paulo: Todavia, 2023. p. 59.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁵³⁸ Pertinente a consideração de Sérgio Abranches sobre a *adjetificação* do termo “condutas republicanas” no Brasil. Para o politólogo: “A referência a condutas ‘republicanas’ popularizou o uso impreciso da linguagem e dos conceitos, como se para esconder seus verdadeiros conteúdos, em lugar de esclarecer os propósitos. O recurso corriqueiro ao adjetivo ‘republicano’, no cotidiano político brasileiro, sempre me traz à mente as monarquias parlamentares escandinavas. Elas são e parecem ser mais honestas e democráticas que muitas repúblicas mundo afora. Nem a honestidade nem a corrupção na política só o monopólio das repúblicas”. *Ibid.*, p. 202.

das quais abriu-se o tópico derradeiro, sobre a necessidade dos diálogos institucionais. Quanto a este tema, muito embora guindado a miraculoso mecanismo de solução para as tensões institucionais, a crítica no sentido de não bastar apenas estabelecer-se o diálogo institucional, mas voltar a atenção ao seu tempo, o *timing*, e a seu tema, afinal de contas, pautas particularistas também são pautas, embora despidas do tal caráter *republicano*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, embora sob metodologia e objeto específicos, não se desapega de certa erraticidade. Como o poema de Antônio Machado em que o caminhante é advertido de que não há um caminho predeterminado, que se estabelece enquanto o percorre, a pesquisa iniciou sob o foco de examinar a importação de institutos jurídicos típicos do *common law* à tradição jurídica nacional. Todavia, diferentemente das usuais pesquisas que circunscrevem a Teoria da Decisão, a presente mirou nos aspectos seminais, de como se deu a efetiva importação em seus aspectos legislativos, a bem de compreender o que motivou a legislatura da ocasião a executar tão disruptiva operação, tendente a mudar o paradigma da matriz jurídica nacional. Dessa maneira, foi-se atrás dos *critérios* de que teriam se servido os legisladores para a importação de mecanismos decisórios do *common law*, especificamente daqueles que no âmbito do Código de Processo Civil sublimaram a atenção dos juízes à necessidade de *observarem* à jurisprudência, além dos deveres de manterem-na *estável e uniforme*, o que, conseqüentemente, implementou ou ressaltou um sistema *precedentalista*, matizando uma espécie de *judge-made law*, isto é, um Direito feito por juízes (e não por legisladores).

Ainda revolvendo o objeto do trabalho, sob o influxo do indigitado processo legislativo e de questões que o transbordassem, examinou-se a mútua interação entre Direito e Política, notadamente para averiguar eventual ingerência entre eles, desaguando noutro tema: as tensões institucionais entre Poder Legislativo e Judiciário que se relacionassem à dita *commonlização* do Direito brasileiro, neologismo este que embora pouco palatável na fala, exorna didatismo. Dessa maneira, uma vez importados e vigentes os institutos do *common law* que de certa forma outorgaram ao Judiciário a possibilidade de legislar positivamente, cumpriria à pesquisa examinar as tensões institucionais decorrentes, vez que, levando em conta conceitos rígidos de tripartição de poderes à Montesquieu, a atividade criativa da norma seria o *locus* do Poder Legislativo, por excelência. Com efeito, esse tema foi apreciado sob três enfoques obedientes a uma lógica que exprime certa dialeticidade. Em primeiro lugar, temos as tensões institucionais como fruto do ativismo judicial, exacerbado pela atividade criativa dos juízes na posição de legisladores. Esta seria a tese. Como antítese, explorou-se as reações legislativas desse dito ativismo judicial. Ao fim, na síntese, para apresentar o que se julga ser instrumento solucionador (ou arrefecedor)

das tensões institucionais, foi tratado dos diálogos institucionais, ao cabo de uma crítica sobre o seu conteúdo e *timing*.

Todavia, antes de examinar o *core* da pesquisa, retroagiu-se no tempo a bem da propedêutica que permitisse compreender os elementos que auxiliaram a formação das duas principais tradições do Direito junto à Civilização Ocidental: o *civil law* e o *common law*. Sob esse adágio, foi-se primeiramente à civilização que deu berço ao referido mundo ocidental e cuja literatura tratou tão interessantemente do Direito, temperado com dilemas morais e inusitadas interações entre humanos e deuses mitológicos. Além disso, é considerado o primeiro regato do nascedouro filosófico e pátria de legisladores que passaram para história como exemplos (Licurgo, Drácon, Sólon e Péricles). Trata-se da Grécia Clássica. De relevo, além das diletantes tragédias de Ésquilo e Sófocles, viu-se o seminal controle de constitucionalidade descrito por Aristóteles em *Constituição dos atenienses: a graphe paranomon*, como visto, tinha o duplice objeto de anular leis contrárias ao Direito e punir o criador da norma considerada inconstitucional.

Avançando no Direito romano, além de pinçados dois marcos que o caracterizam (a *Lei das XII Tábuas* e o *Corpus Juris Civilis*), percorreu-se os períodos arcaico, clássico e tardio. Do período arcaico, em seu primórdio, viu-se que a questão jurídica era centralizada no *rex*, que não dizia o Direito (*ius dicere*) mas o apontava (*ius dare*). Já no seu estertor, além do nascimento das primeiras carreiras jurídicas (pretor, juízes e, claro, *advocatus*), falou-se do *decemviri*, a comissão de 10 membros inspirada na legislação ateniense de Sólon que deu vida à *Lei das XII Tábuas*.

Do período clássico, viu-se o processo formular que fomentou a jurisprudência. Em suma, primeiro se organizava a controvérsia, cotejada com os editos. Verificada a possibilidade de julgamento, instaurava-se a lide sob o juramento das testemunhas. O julgamento era feito por algum cidadão do álbum, membros de classes superiores prestadores do serviço arbitral. A jurisprudência formava Direito novo quando não houvesse edito que respondesse ao caso. Como visto, esse Direito pretoriano tomou corpo, não restrito aos *cives* mas também aos *peregrini*, o que lhe conferiu o nome de *ius commune omnium hominum*: o Direito comum a todos os homens.

Do período tardio, a *cognitio extra ordinem* superou o processo formular e, ao valorizar a classe de juristas, centralizou o poder régio de julgamento, desaguando na criação de um sistema recursal, vez que o príncipe passou ao apreciar as queixas contra as sentenças dos juízes (*supplicatio*), revestindo-se da supremacia jurídica. Ao

fim, tratou-se da sistematização do Direito feita pelo *Corpus juris civilis* de Justiniano, cuja intenção foi a de compilar todo o Direito romano e as opiniões dos juristas clássicos, feito em quatro eixos: *Codex*, *Digesto*, *Institutiones* e *Novellae*.

Compreendidos os caracteres históricos que formaram a Tradição Jurídica Ocidental, tratou-se das subespécies: o *common law* e o *civil law*. Do primeiro, viu-se não se tratar do *ius commune* do Direito romano, embora a semelhança semântica e a continuidade histórica. Na Idade Média o *ius commune* era o Direito comum aos povos, oposto ao *ius proprium*, a seu turno, um monopólio do Estado que se consolidou de modo geral na Europa, salvo Inglaterra, que manteve seu Direito eminentemente feudal. Assim, os países do continente, sob centralização absolutista, criaram um sistema legal alicerçado nas codificações: o *civil law*, tradução ao inglês de *ius civile*. Diferentemente, a Inglaterra seguiu o *ius commune* e criou o *common law*, termo inglês para a expressão do *law french*, *comune ley*. Como visto, trata-se de um sistema sem considerável manancial legal escrito, privilegiando, já em seus primórdios, o costume como fonte.

Nessa rota, viu-se que a desuniformidade da origem e a inexistência dogmática legaram ao tal “direito comum” o passaporte para que as Cortes Reais o invocassem ficticiamente, sob regras consuetudinárias e outras de Direito romano e canônico. A isto somados critérios de razoabilidade e bom senso, fez surgir a necessidade de julgar um litígio atual igualmente a um anterior semelhante, pondo o *precedente* (*stare decisis*) como elemento central no sistema. Assim, a consolidação histórica do *common law* se deu em 1688 com a Revolução Gloriosa, movimento burguês pela liberdade individual face ao absolutismo monárquico, o que também o fixou teoricamente sob a batuta do *Sir Edward Coke*. Ainda no contexto da consolidação do *common law*, viu-se que a indistinção nas funções adjudicativas e legislativas pelo Parlamento entre a Idade Média até a Moderna legaram ser reconhecido como a mais alta corte, sendo que as leis iniciavam com a atividade judicial, pelo ato de declaração.

Entre os elementos do *common law*, destacou-se o *judge-made-law*, o Direito jurisprudencial que tem a bifronte face de Janus dizendo quem faz e como é feito o Direito. Viu-se, assim, que o *stare decisis* é a técnica para decidir com base em precedentes, sendo que os casos que já tenham precedentes reconhecidos ingressam no *common law* como *declaratory precedente*. Os novos casos, cujo julgamento se dá consoante princípios gerais de Direito, constituem um *original precedent*. Por fim, nos casos inovadores (*leading cases*) frequentemente a decisão traz fundamentos vagos,

quando não só a afirmação de ser a solução segundo o Direito Inglês. Nessa linha, clara a vocação do *common law* aos repositórios jurisprudenciais.

Outro ponto estudado foi a estrutura judiciária do *common law* a partir do exemplo inglês, que mantém as cortes organizadas hierarquicamente. Assim, o *stare decisis* vincula dos tribunais mais altos para os mais baixos. Além disso, qualquer seja a instância, viu-se que a obrigatoriedade do precedente reside na *ratio decidendi*, os motivos que fundamentam a decisão, elemento que difere do *obter dictum*, que são as observações incidentais do juiz. A atividade de separar a *ratio* do *obter* em uma decisão, a bem de distinguir as diferenças fáticas e fundamentais de um caso para cotejar se se adequam a um precedente, chama-se *distinguishing*.

Em conclusão ao tópico, esvaneceu-se a ideia de que o *stare decisis* engessaria o Direito. Como visto, um tribunal superior pode não seguir precedente de um inferior e, ao se pronunciar nesse sentido, o terá por superado (*overruled*). Há também a situação contrária, em que um tribunal inferior se desvincula de precedente de superior, caso em que se exige o apontamento das diferenças de fato entre o caso em lume e o que corresponde ao precedente. Situação anquilosante ocorre apenas ao juiz de menor grau na hierarquia, obrigado a seguir o *stare decisis*.

O passo seguinte tratou do *civil law*, que é historicamente vinculado ao Direito romano (*jus civile*), embora só tenha adquirido contornos próprios na Alta Idade Média, no declínio do Império Romano Ocidental e ascensão de reinos germânicos, mixórdia que demandou a união jurídica. Obliterado na Baixa Idade Média, ressurgiu como objeto de estudo em algumas universidades europeias, especialmente em Bolonha, cujos comentários em glosas suplantaram os próprios textos da *lex romana*.

Ainda nas questões históricas, dedicou-se ao fato de maior relevo no contexto do *civil law*: a Revolução Francesa, movimento liderado por burgueses e aristocratas insatisfeitos com a crônica crise fiscal do país. Como visto, desse acontecimento nota-se que o *civil law* que lhe é posterior, dada a escalada na violência contra as instituições, amarrou a capacidade hermenêutica dos juízes, vistos como *bouche de la loi*, isto é, apenas aplicadores e não intérpretes da lei. Outra relevância dessa conjuntura está na separação de poderes, com a ênfase às competências legislativas ombreando um certo abrandamento à eficácia normativa da jurisdição, nutrida a convicção de que só a lei, votada por representantes do povo, expressaria a vontade geral. Além disso, sendo a lei o melhor veículo das ideias revolucionárias, foi içada ao primado das fontes de Direito, amplificando o codicismo.

No item seguinte, comparou-se os sistemas e gizou-se o que o Brasil herdou enquanto colônia portuguesa, ressaltando-se as mudanças percebidas pela importação de elementos institucionais do *common law*, permitindo, então, a compreensão do estado da arte sobre o assunto.

Das semelhanças entre *common law* e *civil law*, a colonização como meio de sua expansão, a influência da moral cristã, as tendências ao humanismo e ao racionalismo, o pendor à economia de mercado com diferentes graus de liberalismo, a organização político-jurídica em bases estaduais e sob democracia representativa, pautada, ainda, na concepção de separação de poderes. Das diferenças, nas sociedades de *common law* a maior tendência ao pragmatismo e ao empirismo. Historicamente, a recepção do Direito romano nos países de *civil law*, face à continuidade do *ley commune* no *common law*, além da influência da Revolução Francesa no primado da lei como ponto característico do *civil law*, versus o “espírito inglês” que, mesmo diante da Revolução Gloriosa, manteve o *case law* de dizer o Direito. Assim, no *civil law* tem-se a primazia da lei, fonte normativa referencial do Direito, ao passo que no *common law* a primazia é da jurisprudência (*case law*). Conseqüência disso, no *civil law* o Direito substancial é mais valorizado, contrariando o *common law*, muito mais inclinado ao Direito instrumental.

Ao fim do exame comparativo salientou-se que a atenção aos precedentes e a produção legislativa não são exclusividades de uma ou outra tradição. O que de fato difere nelas é a atitude espiritual ante às fontes do Direito. Assim, o jurista de *civil law* segue constrangido a se referir à lei em primazia, embora possa fundar-se na jurisprudência, tanto quanto o *common lawyer* queda-se pelos precedentes, embora possa usar fundamento de jaez legislativo.

Quanto à herança jurídica, inicialmente foram feitas algumas considerações sociológico-jurídicas. Da pena de Raymundo Faoro, falou-se da sanha da política nacional pela construção da realidade pela via legal, como se a legalidade teórica, despida da realidade da tradição e dos costumes, suprisse todas as necessidades. Caminha nesse viés a chamada política silogística de Joaquim Nabuco, a arte de construir no vácuo. Essa tendência, ao confundir lei com panaceia, esboçaria o desejo de cópia das regras estrangeiras, sobretudo as dos países desenvolvidos. Ademais, sendo elas impostas antes dos fatos e de cima para baixo, são divorciadas de maior reflexão e crítica. São estes elementos que matizam o “jurismo” denunciado por Nestor Duarte. Do apanhado geral, também a crítica de Tobias Barreto, cético quanto à

viabilidade de se transplantar para o Brasil institutos ingleses, asseverando que a cópia de princípio não passa de transposição teórica entre livros. Ainda nessa via, com Sérgio Buarque de Holanda, a crítica sobre a frequente importação de preceitos sem se atentar às peculiaridades locais e às condições sociopolíticas do Brasil, isto tudo regado à fetiche legalista, a salvaguarda de todas as mazelas.

Com autores contemporâneos, viu-se que a importação acrítica de institutos jurídicos estrangeiros tem em Lenio Streck forte inquisidor. Apontando que o paradigma liberal-individualista do Direito franco-germânico somado à não implementação dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, carregam a incessante tendência da busca por teorias alienígenas, o que, ao fim, desagua em pernicioso decisionismo judicial. Em semelhante rota, a defesa de José Rodrigo Rodriguez de que as ideias importadas nos primórdios do Brasil tinham sua razão de ser fixadas nos países colonizadores. Aí está o *primeiro grau de alienação*: adrede importação de institutos que simplesmente não se adequam à realidade brasileira. O *segundo grau de alienação* trata das mutações que as ideias importadas sofreram, olvidados os seus pressupostos e limites originários. Ainda sobre a matriz jurídica nacional, como colônia portuguesa, falou-se que as Ordenações Afonsinas foram logo impostas, embora certa adaptação, tendo o Brasil, assim, sido batizado sob o signo da tradição romano-germânica. Entretanto, assinalou-se que a franca introjeção de mecanismos jurídicos semelhantes aos do *common law*, como as súmulas vinculantes e os procedimentos uniformizadores da jurisprudência, fá-lo caminhar para um sistema híbrido.

Levantadas essas premissas, ao fim do primeiro capítulo ergueu-se a problemática da racionalidade da decisão jurisdicional, especificamente se a introdução de nova metodologia implicaria mudança no modelo-padrão de decisão.

Então, sob o adágio de procurar os *critérios* à importação dos institutos do *common law* que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro via CPC de 2015 incensando um sistema precedentalista, o capítulo dois tratou da *mens legislatoris*, a tal *vontade do legislador*. No ponto, concluiu-se ser conceito vago, talvez só bem aplicado noutrora, menos complexos os sistemas normativos. Aliás, a prática jurídica de antigamente é tributária à *intenção do legislador*, ponto bem exibido com o *Doctor Bonham's Case*. Além de outros *cases*, viu-se como a doutrina jurídica de antanho pendia à compreensão *originalista* do Direito, na qual juízes não criariam o Direito, mas interpretavam os anseios do legislador. Contemporaneamente, lado outro, viu-se

que a *intenção do legislador* pode se tornar o verniz de reivindicações por grupos sociais. Concluindo, expôs-se o ceticismo quanto à possibilidade de se esquadriñar efetiva e univocamente a vontade do legislador. Como enfatizado, processos legislativos são complexos e não se encerram na pessoa do legislador envolvendo, também, aspectos temporais, pois podem iniciar sob uma intenção e findar aprovado sob outra. Todavia, embora a complexidade da atividade legislativa para se ver reduzida à *mens legislatoris*, unívoca e atemporal, fixou-se que a pesquisa deve persegui-la, tanto menos como chave de compreensão sobre o processo legislativo. Afinal, ainda que não encontre um *porquê*, poderá encontrar os *critérios* para a edição das normas, o que ajuda a compreender do que se valeram os legisladores para importarem institutos do *common law* ao sistema jurídico nacional.

O passo seguinte tratou das racionalidades que subjazem a decisão judicial e a atividade legislativa, justificado pelo fato de que as importações de institutos do *common law* implicariam, inicialmente, o distanciamento do *legicentrismo* ao *jurisprudencialismo*.

Da racionalidade jurídica por José Rodrigo Rodriguez, definida como elemento instrumental para a resolução dos casos diante do Direito posto, observou-se que o Judiciário brasileiro é pródigo no uso do argumento de autoridade, sobretudo nos casos difíceis e sem homogeneidade nas posições, em que as cortes o invocam o máximo possível para fundamentarem suas posições, consideradas em seu aspecto subjetivo e não institucional, o que piora nas decisões colegiadas. Sendo, por votação, constituem um documento amorfo e de difícil extração de sentido. O autor deixa claro que a autoridade desse tipo de argumento não é, a rigor, a da lei e que embora o nome, pode ostentar caráter participativo. Outro ponto levantado por José Rodrigo Rodriguez é a desarmonia entre as racionalidades, que parecem disputar entre si, forçando a padronização para evitar o que denomina de *zonas de autarquia*: espaços institucionais de vácuo no padrão de racionalidade. Ainda nesse caminho, viu-se a defesa da adoção de um modelo de racionalidade jurídica centrado na argumentação e que tenha capilaridade pública, ampliando os lindes do debate. Sob tais aportes, verificou-se que o autor se inclina à cultura decisória baseada em casos pretéritos, como no *stare decisis*. Ao cabo da exposição de José Rodrigo Rodriguez, recuperou-se sua posição sobre a falácia de um modelo de Direito ideal, atentando-se à crítica sobre a importação de modelos estrangeiros sem a devida atenção à realidade local.

Tocante à racionalidade legislativa, expôs-se os cinco níveis que a subjazem segundo Manuel Atienza. No primeiro, a *comunicativa* ou *linguística*, a necessidade de o legislador transmitir uma mensagem (a lei) ao receptor (população em geral e instituições). O nível *jurídico-formal* trata da acomodação da lei no sistema jurídico evitando lacunas, redundâncias e contradições. O *pragmático*, trata da adequação da prescrição da norma com a conduta que espera dos destinatários, voltando-se, pois, à sua eficácia. No nível *teleológico*, busca-se a coerência entre a lei e os fins sociais almejados, acentuando carga axiológica. Por fim, no nível *ético*, busca-se a justificativa ética para as condutas prescritas, impondo aos legisladores a legitimidade para o mister. Imbricando-se em aspectos teleológicos, pois a ética atua como meio para determinado fim, aproveitou-se para tratar das duas éticas que adquirem saliência quando o assunto é Política. Para justificar porquê ora políticos votam conforme a legenda, ora votam conforme a consciência, Max Weber fala das contrapostas éticas *da responsabilidade* e *da consciência*. Pela primeira, há considerações de maior alcance por parte de quem toma decisões: pensa-se nas consequências, especialmente. A última ostenta caráter de um absoluto *tudo ou nada*, que pode ser traduzido em adágios como *sempre falar a verdade*.

Concluindo o tópico, comparou-se os *elementos gerais* da decisão judicial e do processo legislativo. Quanto à *legitimidade*, viu-se com Marcos Paulo Veríssimo que questões complicadas e sem respostas clamam pela regra majoritária, dada por órgãos legislativos. Tocante ao *consequencialismo*, o autor problematiza a *capacidade institucional* de o Judiciário ditar políticas públicas, que têm no Legislativo melhor foro. Às questões *qualitativas*, Carlos Maximiliano atribui diminuta densidade jurídica às deliberações legislativas, não bem subservientes ao Direito mas a eventuais interesses paralelos, o que se confrontou à posição de Manuel Atienza, que vê legislação e adjudicação como instâncias da argumentação jurídica, e que considera a racionalidade do processo legislativo bem mais *complexa* do que a judicial. Da *capacidade cognitiva*, viu-se com José Rodrigo Rodriguez que a decisão judicial tende a recair em solipsismo. Sob o viés *estrutural* ou *orgânico*, Manuel Atienza ressaltou a independência dos juízes, irresponsáveis politicamente falando e especialistas no assunto que trabalham. Legisladores, em câmbio, representam interesses diversos, sem a mesma independência dos juízes. Mais ainda, políticos exercerem o mister ocasionalmente, o que os desincumbe de formação específica.

Em suma, reforçou que do juiz espera-se entendimento do Direito, do legislador, coerência ideológica.

Analisadas as racionalidades judicial e legislativa, a pesquisa mirou o Projeto de Lei do Senado 166/10 que desaguou no CPC de 2015, sobretudo o que toca a importação de mecanismos decisórios que sublimam a cultura precedentalista. Como visto, foi composta a Comissão de Juristas para a elaboração do anteprojeto, formada por onze notáveis juristas, presidida pelo min. Luiz Fux. Após quatorze encontros, a comissão ofereceu o relatório final em que manifesta profunda atenção à segurança jurídica, sobretudo à uniformidade e estabilidade da jurisprudência, falando, inclusive, da *dispersão excessiva da jurisprudência*, reputada uma das principais causas da massificação recursal. O relatório não nutriu prurido aos estrangeirismos, falando viver-se tempos de *interpenetração das civilizações*.

O relatório com o “esqueleto” do projeto passou a tramitar no Senado, onde foi formada a Comissão Temporária, incumbida da apreciação de propostas e de fixar o calendário dos trabalhos. Na primeira reunião da Comissão Temporária, mais se ouviu os representantes de entidades ligadas ao Direito, destacando-se a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Sobre o artigo 847 e incisos do projeto, que dispunha sobre a observância da jurisprudência como requisito à decisão judicial, a entidade indagou se a intenção do legislador não seria antes um alerta de natureza principiológico do que efetivamente um requisito excludente, obrigando – indistintamente – os juízes a seguirem a jurisprudência. Com isso, apontou possíveis inconstitucionalidades nalgumas locuções dispositivas, considerando que só a Constituição estabelece efeito vinculante para certos pronunciamentos judiciais. Assim, não se poderia criar outra espécie de vinculação, o que seria, como pontuou, a adoção do *common law* pela genérica via da lei ordinária. Propôs redação que matizasse no dispositivo antes um princípio do que efetivamente uma regra.

Examinadas as sessões deliberativas no Senado, na primeira o relator da Comissão Temporária apresentou o projeto mencionando as dez audiências públicas e a publicidade do feito, cujo projeto foi enviado a todos os senadores e a todos os tribunais do país, além do franco canal de comunicação com a sociedade. Das audiências públicas, falou da manifestação de 216 pessoas, além dos 829 *e-mails* recebidos e as 106 notas técnicas das instituições consultadas. Mais, disse que foram apensados 58 projetos de lei da Câmara e do Senado, além de serem apreciadas 220 emendas a artigos específicos. Ainda na apresentação, grifo à dita *aproximação* do

nosso sistema jurídico com o *common law* e valorização da cultura dos precedentes, que permitiria soluções uniformes para casos iguais. Nessa primeira sessão, como visto, nenhum debate parlamentar. Apenas elogios pelos trabalhos e convocação para a sessão deliberativa extraordinária, no dia seguinte.

Na sessão do dia seguinte retomou-se a apresentação do projeto. Entre outras inovações, falou-se do incidente de resolução de causas repetitivas, instituto bem-sucedido do Direito alemão que poderia diminuir em número e acelerar os processos. Nenhum debate feito, senão dois apartes elogioso do Sen. Álvaro Dias. Ao fim, mostrou-se quatro outros destaques pelo Sen. Alfredo Cotait que assumiu a presidência da sessão e a encerrou, convocando a terceira para horas mais tarde.

Na última sessão no Senado foram apresentados ajustes decorrentes de conversas entre senadores com os conselhos federais da Ordem dos Advogados do Brasil e o de Contabilidade, com a Comissão de Juristas presidida pelo min. Luiz Fux e com a equipe do próprio relator. Nenhum deles tratou da importação de institutos do *common law* ou a instauração de um sistema de precedentes por aqui. Ajustes feitos, o projeto foi posto em votação e aberta a palavra aos senadores. Também nessa etapa, nenhum dos apartes teve por objeto a discussão sobre a importação de institutos do *common law* ou a instauração de um sistema de precedentes no Brasil, senão a exaltação elogiosa aos trabalhos das comissões de Juristas e Temporária. Em meio a elas, o inusitado aparte do Sen. Eduardo Suplicy que buscou o consenso entre a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Eliana Calmon com o Min. Fux, sobre posições divergentes quanto a uma regra de impedimento de advogado. Como visto, na derradeira sessão foram apreciados dois requerimentos, um deles, inclusive, encerrou a fase de debates, dispensou o interstício do trâmite do projeto remetendo-o imediatamente à Câmara dos Deputados.

Como registrado, as três sessões de discussão do PLS 166/10 no Senado foram vazias no que toca à *discussão* parlamentar. Ora, além das costumeiras e enfadonhas arengas elogiosas aos presidentes de comissões pelo laborioso trabalho, as solenidades não foram muito além da exposição superficial do projeto pelo relator da Comissão Temporária, cujas digressões mais enfatizaram os novos institutos jurídicos concebidos, a abolição de outros tantos, além de sumários exames comparativos entre o código vigente e o que se propunha. Como enfatizado, notável na fala dos legisladores o tom salvacionista do projeto, que desafogaria as cortes e incensaria a tão desejada segurança jurídica, como num passe de mágica. Mas,

embora o tom profético, como ressaltado, houve pouca discussão parlamentar em seu sentido clássico. Questões que interessam ao presente estudo, pior. Sobre a importação de institutos do *common law*, sequer o costumeiro elogio pela ideia.

Por falar em tom profético, outro aspecto no exame das sessões foi o certo conformismo na fala parlamentar, como se sua participação fosse secundária diante do construído pelos juristas, *experts* na matéria, refletindo o que teorizou Manuel Atienza sobre as racionalidades adjudicante e legislativa. Ora, não se trata de pôr em cabo de guerra a expertise em processo civil entre o grupo de juristas e os agentes políticos, mas a espera de que estes, representantes do povo e conducentes do projeto, tivessem postura mais ativa, menos subserviente a interesses classistas, ou, quanto menos, postura um tanto mais crítica sobre as importações que tenderiam a alterar profundamente o paradigma jurídico nacional.

Embora o desânimo com as três sessões no Senado, anêmicas quanto à discussão de temas importantes do projeto de lei, a pesquisa avançou no exame das emendas a ele. Como ressaltado, em cada uma das três sessões no Senado foram apresentadas 106 emendas, número por si só expressivo, mas que atingiria patamar exponencial se incluídas as propostas apresentadas quando a matéria tramitou na Câmara dos Deputados. Ainda nesse contexto, foi reforçado que em certo período do *iter legislativo*, o Alô Senado recebeu 740 mensagens, entre eletrônicas e telefônicas. De fato, da capilaridade democrática, não há críticas no radar.

Das emendas apresentadas no Senado, apenas a de número 86 é a que se têm de mais perto da preocupação sobre as importações de institutos estrangeiros, embora tenha tratado tão só do incidente de resolução de demandas repetitivas, sem atentar-se noutros dispositivos que, ainda mais, galvanizariam a cultura jurisprudencialista no país. Sumarizando, considerou inadequado ao nosso sistema jurídico a ideia de uniformização de posicionamentos judiciais de cima para baixo e requereu a exclusão do instituto, sem maiores porquês.

Quanto às sugestões da sociedade civil e das entidades relacionadas às instituições públicas, embora em número expressivo, como visto, poucas delas levantaram o estandarte a respeito da importação de institutos que matizam a cultura jurisprudencial. A mais importante delas veio da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), para quem o incremento de ampla, positiva e vinculativa força normativa ao Poder Judiciário, à míngua de legitimação democrática, descambaria em ativismo judicial ou judicialização da política e da economia. Mais

ainda, desequilibraria a relação dos Poderes Constituídos. Considerou que a ampliação da participação processual (audiências públicas) e a maximização subjetiva das partes e interessados processuais (*amicus curiae*) seria um meio para compensar o *déficit* democrático do Poder Judiciário, cujos membros não são representantes eleitos. Preocupou-se, ainda, com a falta de regulação nos procedimentos para a adoção das decisões vinculativas, as sanções pela sua inobservância, além da superação delas, o *overruling* no contexto do *common law*. Tratando já francamente como um sistema jurisdicional híbrido, chamou a atenção para a necessidade de discussão democrática no âmbito do Poder Legislativo para tal mudança paradigmática, cuja efetiva consolidação, vaticinou, poderia levar vinte anos e que demandaria, a bem da harmonização com o nosso Direito formalista da tradição continental, a implementação de instrumentos adequados. Para além do diagnóstico, propôs a transparência das decisões judiciais e a chamada do Poder Legislativo às decisões que, sob efeitos retroativos, venham a declarar a inconstitucionalidade de norma ou ato pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra sugestão que toca o tema foi feita pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que propôs a imposição de carga de fundamentação específica às decisões desviantes da jurisprudência.

Ainda nessa fiúza, viu-se a preocupação do Conselho Federal da OAB sobre a importação de mecanismos que fazem da jurisprudência o norte do Direito brasileiro. Para a entidade, isso levaria ao fim do livre convencimento do juiz e o recrudescimento ao acesso ao Judiciário, além do engessamento da jurisprudência. Considerando uma mudança cultural profunda, sublimou a importância da verticalização do debate e a realização de pesquisas científicas para averiguar se tais mudanças minguariam o acesso ao Judiciário. Propôs a modificação do artigo 847 para que constasse expressamente que a uniformização e a estabilidade da jurisprudência não afastem o acesso ao Judiciário, nem mitiguem o direito de petição.

Finalmente, uma mensagem *quase* apócrifa, que em *email* ao relator se identificou como “F. Pires”, considerou o *jude made law* incompatível à tripartição de poderes, dada a invasão de prerrogativas do legislativo, além de representar a porta para o arbítrio judiciário. Embora o texto crítico, nenhuma proposta de mudança.

Foram estes os poucos encaminhamentos sobre a introdução de mecanismos do *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro pela sociedade civil, advogados, *experts*, autoridades e servidores públicos em geral. Sob o aspecto quantitativo foram

poucos, pois não enchem uma mão, mormente em contraste com as 740 mensagens recebidas pelo Senado. Em termos qualitativos, porém, a ênfase à segurança jurídica, ao equilíbrio entre os Poderes, o temor do engessamento do Direito e a abertura para o ativismo judicial são apresentados sob argumentos robustos, que chamaram a atenção. Ainda assim, a discrepância numérica conduz à crença de que a questão das importações, muito provavelmente, não despertou em horizontalidade o senso crítico dos participantes do debate.

Como visto, incipiente e esquálido o debate parlamentar, ao fim do tópico, ponderando essa reduzida reflexão na importação de institutos do *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro, não tendo a pesquisa encontrado axiais argumentos na seara legislativa para tal, rememora-se o poema de Antônio Machado, citado no início deste capítulo final. Sob essa inspiração, abriu-se frente para esquadrihar a possibilidade de que a mudança paradigmática sob investigação serviria à superação do Positivismo Jurídico, o qual, inobstante a vertente (de Hans Kelsen, de Luigi Ferrajoli ou de Herbert Hart), tende a aceitar a *discricionariade judicial* nos casos de lacuna ou ambiguidade da norma. Assim, foi feita uma problematização do tema, desde o seu prelúdio com a concepção imperativista do Direito de Thomas Hobbes, passando pela *analytical jurisprudence* de Austin, até a culminância no *The concept of law* de Herbert Hart, que buscou equacionar a Moral com o Direito, concebendo-os como fenômenos sociais distintos embora correlacionados. No confronto dessas teorias, tomou-se de Ronald Dworkin o conceito de Direito como prática social argumentativa, afastando-se de um modelo que prescreve condutas e estabelece regras, típico do Juspositivismo.

Conectando a problemática ao tema do trabalho, buscou-se averiguar os instrumentos que serviriam à superação do Positivismo Jurídico, observando para tanto a frequente mixórdia entre ele e os movimentos formalísticos de positivação das normas. Nesse empuxo, as considerações de Carlos Maximiliano para quem, embora defesa da segurança jurídica, o Juspositivismo enrijece o Direito, reduzido à burocracia tecnocrática. Noutra frente, da mira de politólogos, ergueu-se que o Juspositivismo é, provavelmente, o causador do afastamento entre o Direito e a Ciência Política, dado o isolacionismo do primeiro, que teria em si a autossuficiência a todos os problemas. Dadas essas premissas, esquadrihou-se se o Direito de cunho jurisprudencialista seria hábil a superar o Juspositivismo, notadamente o referido isolacionismo. Sob essa preocupação, rememorou-se que o *common law* “praticado”

ao longo da Idade Média fomentava os diálogos institucionais no contexto inglês, uma possível solução.

Tomando todas essas considerações, sobretudo as que envolvem o hiato entre o Direito e a Política, aventou-se que o *judge-made law* acriticamente introduzido no Brasil seria, além de um meio para superar o Positivismo Jurídico, um dos fatores para o acirramento das tensões institucionais, na medida em que permitiria juízes se tornarem legisladores positivos e para questões *ex post factum*, ou seja, no limite, autorizaria a invasão nas competências de um Poder.

Para abordar essa temática, buscou-se desmistificar a separação de poderes à Montesquieu: o contratualista não idealizou, a rigor, três poderes imunes à interpenetração de competências. Como visto, sua ideia central são os freios e contrapesos para não se criar poderes absolutos e refrear os existentes, isto é, uma trama institucional que impede o arbítrio, seja qual for o desenho do Estado. Sob esse impulso, tomou-se a visão de José Rodrigo Rodriguez sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Para o autor, tais fenômenos são faces de uma mesma moeda, ora vista sob a perspectiva da Política que invade o Judiciário, ora sob a vista de que este último é o invasor da Política. Dessa posição, viu-se a discordância de Georges Abboud, que adiciona nuances aos fenômenos, os quais só se correlacionam quando a judicialização da Política se degenera no ativismo judicial.

Introduzido o tema ativismo judicial, expôs-se as suas origens com o artigo de Keenan Kmiec. O texto, de 1947, averiguou dois perfis dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos: os comedidos, que atuavam sob *self-restraint*, e os ativistas, grupo majormente vindo da Faculdade de Direito de Yale, berço do *realismo jurídico* estadunidense. Assim, o artigo apontava que o perfil ativista era cético quanto às teorias dos precedentes e textos legais, pondo no ato de julgar caracteres esdrúxulos, como fatores psicológicos ou predisposições do julgador. Tal descrença conduziria à ideia polissêmica do Direito, que forneceria múltiplas formas de decidir, todas “corretas”. Nessa via, viu-se os cinco sentidos usuais do ativismo judicial, sendo que no primeiro o juiz não se limita à sua competência e invalida decisões de outros poderes sob critérios de *qualidade*. No segundo, os juízes não aderem aos precedentes/padrões de julgamento, distanciando-se da história interpretativa da instituição. No terceiro, os juízes não se veem como meros *implementadores* de direitos e os criam à míngua de previsão legal. O quarto trata dos juízes que *interpretam criativamente* as normas com acrobacias hermenêuticas. O quinto, tem-

se dos julgamentos de caráter instrumental, orientados para resultado aparentemente desejado de antemão, quiçá com o objetivo de transformar a realidade.

Ao avanço da temática, esboçou-se a dicotomia que o tema sofreu no transporte ao Brasil. Para Isadora Ferreira Neves, de um lado, ignorou-se as diferenças do modelo de controle de constitucionalidade estadunidense e brasileiro; de outro, por aqui, a aposta no protagonismo judicial sublimado na doutrina da efetividade. Assim, considerado como problema funcional, a proximidade entre a atuação do juiz e a do legislador nos sistemas de *common law* torna o conceito ainda mais nebuloso no contexto brasileiro, dado que a doutrina do *stare decisis* concebe função ambivalente na decisão judicial: tanto define a controvérsia do caso concreto como também assume valor de precedente.

Sob esse influxo, a bem de compreender o fenômeno do ativismo judicial, buscou-se a tipologia feita por Georges Abboud em suas oito formas. O primeiro, *ativismo performático*, imbrica-se com a capacidade de a linguagem performar, realizar algo. Nele, o julgador foge da confrontação do Direito ao caso concreto com expressões que dariam verniz normativo à decisão, sendo frequente, ainda, a alegação de um *déficit* legislativo impelindo o suprimento via Judiciário, que, provocado, sempre teria de agir. O segundo, o *metafísico*, também tem na linguagem o meio para alcançar desiderato subjetivista do julgador, mas a via é distinta: sob acrobacias jurídicas, as decisões levam o caso ao plano metafísico, onde as afirmações não são passíveis de demonstração. A vagueza marca o tipo, com bandeiras de quaisquer cores, usando expressões como: “promover uma sociedade melhor” ou “moralizar a sociedade”, por exemplo. O terceiro é o que se *volta contra os limites do texto legal*, nele, inobstante a inexistência de choque da norma com o texto constitucional, hipótese que franquearia o afastamento daquela, o julgador afasta-a sem maiores porquês. Citou como exemplo a cassação automática de mandato de parlamentar condenado criminalmente, tema no qual em duas oportunidades o mesmo ministro do STF votou de formar discrepante, numa delas, inclusive, afrontando disposição literal da Constituição. O quarto tipo, o *messiânico*, encontra par em julgadores que se põe como representantes tardios do Iluminismo. Nessa condição, relativizariam os *standarts* legais, vistos como empecilhos, preciosismos dispensáveis para seu objetivo salvacionista. No quinto, o *ideológico-moralista*, nota-se a colonização do Direito pela Política o que levaria o juiz discordante sobre determinada lei, no momento de sua aplicação, passá-la antes por seu filtro ideológico

do que pelo constitucional. No sexto, o *populista*, critérios jurídicos são substituídos por uma pretensa *voz das ruas*, o que se notou, segundo Georges Abboud, na recente análise da constitucionalidade do cumprimento imediato da pena após condenação em segunda instância e não após o trânsito em julgado. O sétimo, *puramente consequencialista*, atua sob o discurso economicista ou pretensamente cientificista matizado pelo *law and economics*. Nele, o Direito é salpicado por inúmeros critérios de eficiência, sendo que o consequencialismo até pode ser virtuoso quando bem empregado, problema há de estrutura da decisão judicial que, na visão de politólogos, não tem a capacidade para o olhar prospectivo. Finalmente, o *ativismo por inação* ocorre quando o Judiciário se queda inerte embora provocado para exercer o *judicial review*. É mero expectador em vez de protagonista (neste caso, necessário) da vida institucional do país. O tipo fez corpo com o silêncio do STF no citado caso da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, a execução da pena tão logo a condenação em segunda instância.

Dessa última forma de ativismo, Georges Abboud abre subespécie que, também tendo a ver com o *timing* da pauta do STF, nomina como o que se relaciona às *funções administrativas do STF*. Antes do seu exame, com Luís Gustavo Bambini, viu-se sua consideração de que o tempo de vista além dos 30 dias regimentais é estratégico, pois remove o debate do calor midiático, embora a preocupação com exageros e a inexistência de recurso para tal. Também reputando estratégica a vista em prazo superior ao regimental, embora com sinal trocado pois suspende o processo e ativa a esfera pública, as críticas de José Rodrigo Rodriguez sobre a personalização dos julgamentos. Agora ao subtipo de Georges Abboud, ainda com o exemplo das ações declaratórias que averiguaram a constitucionalidade da chamada execução provisória da pena, afirmou que a Presidência do STF demorava, sem justificativas plausíveis, a pautar o julgamento do mérito delas, levando os demandantes reclamarem a omissão. Para Georges Abboud, inequívoca a fumaça da politização no engendramento, pois era véspera de eleição para o Governo Federal, sendo que do julgamento dependia a soltura de Lula, o que poderia tumultuar o pleito eleitoral. Em conclusão, viu no episódio uma tentativa insidiosa de influência no pleito eleitoral por ação (ou inação) do Judiciário.

Avançando, a despeito do ativismo judicial, examinou-se as reações legislativas. A primeira delas, as leis *in your face*, tratam de leis que contrariam totalmente as decisões judiciais, sobretudo as de Cortes Constitucionais. Nascida no

contexto estadunidense, ilustrou-se com o caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, em que tão logo a Suprema Corte decidiu por critérios amplos na interpretação de normas afetas à liberdade religiosa, aprovou-se o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) que expressamente reverteu a decisão, consignando que as leis restritivas à liberdade religiosa fossem submetidas ao escrutínio judicial estrito. A questão teve terceiro turno com o case *City of Boerne v. Flores*, quando a Suprema Corte julgou inconstitucional o RFRA alegando violação da interpretação constitucional estabelecida. No contexto brasileiro, exemplificou-se com a superação pelo próprio STF do seu entendimento sobre foro por prerrogativa de função de ex-detentores de cargos públicos. Com a mudança, a Suprema Corte passou a rejeitar a distinção processual, ao que foi sancionada a Lei 10.628/02, repristinando a antiga posição do STF. Ao fim, a ADI 2797 invalidou a lei pela inconstitucionalidade formal, pois buscara superar interpretação constitucional da Corte. Outro caso comentado se deu com a EC 96/17, que constitucionalizou a vaquejada após o malogro da prática no julgamento da ADI 4983.

A segunda reação legislativa estudada foi o *descumprimento antecipado da constituição*, que, para Sérgio A. F. Victor, se dá quando legisladores aprovam leis mesmo sabendo-as inconstitucionais, esperando ulterior controle de constitucionalidade. É o caso da Lei da Ficha Limpa, cuja origem popular forçou a aprovação mesmo contrariando interesses da classe política. Surpreendentemente, o STF confirmou a constitucionalidade de dispositivos que permitiram a punição de políticos que tivessem renunciado ao mandato antes do seu advento.

A terceira reação legislativa exposta foram as repostas darwinistas do Legislativo ao Judiciário, teorizadas Georges Abboud. Refere-se a um conjunto de alterações legislativas que miram a previsibilidade, a não discricionariedade e a segurança jurídica nas decisões judiciais que invalidam atos administrativos ou imponham parâmetros regulatórios. Embora pareça cerceamento à jurisdição, são antes meios para manter a decisão nos lindes do Direito, conforme a Constituição. São exemplos os requisitos de fundamentação das decisões de que trata o artigo 489, § 1º, do CPC, as alterações na LINDB pela Lei 13.655/18, além da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) e a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/21).

Por outro lado, contrariando as reações legislativas de natureza revanchista, viu-se que nem sempre o Legislativo busca mitigar o poder decisório do Judiciário,

mas estimula-o para que assuma as rédeas normativas de um dado tema. Esse protagonismo cedido do Legislativo ao Judiciário, viu-se com Luís Gustavo Bambini, associa-se às matérias espinhosas: receio de perda de dividendos políticos e a complexidade do tema. Essa cessão do Legislativo ao Judiciário, embora por vezes tácita e que recebe de Clarissa Tassinari o nome de *supremacia judicial consentida*, configura uma espécie de comunicação entre os Poderes, tema do tópico final.

Tomadas as respostas do Legislativo ao Judiciário e as ocasionais “cessões de competência” do primeiro ao segundo, abriu-se a porta para examinar o tema das tensões institucionais, exemplificada com o caso *Harris vs. Dönges* que ocorreu na África do Sul em 1954, chamada por Herbert Hart de “crise constitucional”. Do exemplo, a conclusão de que as tensões institucionais, quando excedem certos níveis, nada trazem de alvissareiro. São conflitos que ameaçam a segurança jurídica e até a própria democracia. Com essa inspiração, buscou-se averiguar, afinal, se é o Direito quem corrige a Política ou se esta estabelece os critérios que limitam o Direito.

Para Georges Abboud, citando a concessão de graça a político aliado pelo então Presidente da República Jair Bolsonaro, pressupõe-se em uma democracia constitucional que o Direito corrija as arbitrariedades políticas, o que o faz justamente pela jurisdição constitucional. Sob esse impulso, abriu-se o tema dos diálogos institucionais, ferramenta que na visão de Sérgio A. F. Victor evitaria a esclerose do sistema jurídico-político. Assim, da temática aberta, foram trazidos alguns exemplos, como o do HC 154.248-DF, que equiparou a injúria racial ao crime de racismo, levando o Legislativo a tipificar a primeira na Lei do Crime Racial; e o do HC 143.641-SP, em que o STF concedeu a ordem para substituir a prisão cautelar pela domiciliar a um conjunto de presas grávidas ou com crianças sob sua responsabilidade, levando o Legislativo a “importar” o entendimento alterando os artigos 318-A e 318-B do CPP, através da Lei 13.769/18. Bem o caso de salutar diálogo institucional, sobre o qual Georges Abboud acena a vantagem de o Legislativo atualizar-se frente às tendências judiciais.

Ainda nessa temática, falou-se de diálogos institucionais em que a resposta legislativa se dá com emenda constitucional, o que, para Sérgio A. F. Victor, seria mais um monólogo institucional, pois tende a interditar o debate. Entre outros exemplos dados, destaque ao que ganhou ares de revanchismo institucional: a ADI 14. Nela, o Supremo consignou que as vantagens de caráter pessoal não seriam computadas para aferir o teto remuneratório do funcionalismo público. Contudo, com a EC 19/98,

as vantagens pessoais foram expressamente previstas no cômputo. Na sequência, em sessão administrativa, o STF decidiu pela não autoaplicabilidade do novel dispositivo constitucional, demandando lei que lhe desse eficácia. O cala-a-boca veio com a EC 41/03 que trouxe redação clara no sentido de que as vantagens pessoais devem ser incluídas no cômputo do teto remuneratório, prevendo ainda, ao reportar o art. 17 do ADCT, a autoaplicabilidade do teto além da impossibilidade prévia de eventual demandante evocar argumentos com base em direito adquirido. Houve, ainda, um último suspiro argumentativo pelo STF com o MS 24.875-DF, que considerou a irredutibilidade de vencimentos uma forma qualificada de direito adquirido, protraindo no tempo o cumprimento da alteração constitucional.

Seguindo-se a toada de que o diálogo pressupõe dois entes conversando, o que difere do revanchismo institucional exemplificado, tomou-se as considerações de Conrado Hübner Mendes sobre o excessivo acionamento do STF em razão dos movimentos erráticos do Governo Bolsonaro. Para ele, o governo fez ouvidos de mercador às constantes ordens do Supremo para a execução de um plano de proteção sanitária nas terras indígenas. Diz que o STF passou um ano, de boa-fé, buscando o diálogo institucional com o governo, ao reforço de um diálogo intercultural com os povos indígenas. Contudo, a má-fé do outro lado: o desinteresse no diálogo transformou o mecanismo distensor num ingênuo pingue-pongue.

Conquanto as situações em que o diálogo institucional mais parece monólogo e os casos em que as respostas sejam mais provocações, ainda assim, este é o método tido por solucionador, ou quanto menos, diminuidor das tensões entre instituições. Em paralelo a isso, o Direito de matriz jurisprudencialista a que o Brasil vem encarnando centraria a forja do Direito na mão de juízes e isso, se imantado em má tendência, poderia exponenciar o ativismo judicial. Dadas essas premissas, ergueu-se a dúvida de como realizar o diálogo institucional. Seria preciso, ao recordar o fetichismo legal, uma *metra-regra* que se ocupasse da dialética entre Poderes ou regras informais dariam conta? Mais ainda, por falar-se em ativismo judicial, é juridicamente possível e democraticamente recomendável o diálogo institucional quando uma das partes é autoridade que deve(ria) manter-se relativamente distante das artimanhas da Política? Sob essas inquietações, viu-se com Sérgio Abranches que é normal a reunião entre os chefes do Executivo e do Legislativo, todavia, o busílis está quando o diálogo institucional envolve membro do Judiciário, maiormente se perguntado, no colóquio, o que ele poderia prometer a não ser fazer cumprir a

Constituição. Para Sérgio Abranches, a natureza anômala do Judiciário e o desenho da República impõe aos juízes a equidistância às disputas políticas, e, bem por isso taxou de anomalia político-institucional o encontro do então recém-empossado Presidente Bolsonaro com os chefes das duas Casas do Legislativo e do Judiciário em 2019, que tinha por pauta um tal pacto político em prol de reformas que seriam propostas.

Em que pese a crítica de Sérgio Abranches, a pesquisa não macula os diálogos institucionais com a participação do Judiciário. O tal encontro de 2019, cuja tentativa de celebração se deu *a priori*, por reformas que viriam a ser apresentadas e não de forma contingencial, destoa essencialmente do diálogo institucional levado à efeito nos bem-sucedidos casos exemplificados. Dessa forma, concluiu-se que o *timing* do diálogo institucional importa, contrariando a lógica institucional um pacto que envolva o Judiciário por projeto futuro, que venha a ser executado, um aceno à prevaricação.

Num outro viés, com o gancho do *timing* dos diálogos institucionais trazido pelo famigerado encontro de 2019, abriu-se questão sobre o tema deles, sobretudo se tratam de assunto do interesse particular de um dos dialogadores. Com isso, recordando a forma de ativismo judicial relacionado às funções administrativas do STF, veio à tona caso em que o diálogo institucional foi utilizado, aparentemente, ao beneplácito de uma ou duas categorias: a Ação Originária (AO) 1.773-DF, ajuizada para reverter a negativa administrativa tomada por grupo de juízes federais que pleiteava *ajuda de custo para fins de moradia*. Detonada em 19/04/13, em setembro de 2014 o relator deferiu a tutela antecipada e estendeu a verba a toda a magistratura federal e aos membros do Ministério Público, desde que o agente não tivesse à disposição no local de atuação imóvel funcional. Anos se passaram enquanto a liminar seguia com os pagamentos de auxílio-moradia, ressaltando-se as hipóteses referidas. Entrementes, o STF apresentou na Câmara dos Deputados o PL 2.646/15 que propôs o aumento do subsídio dos seus ministros o que guindaria o salário de toda a magistratura nacional, por arrastamento. Embora tramitado sob regime de urgência, o projeto só foi sancionado em novembro de 2018, virando a Lei 13.752/18 que elevou em 16,38% o subsídio dos ministros do STF. Curiosamente, o julgamento da AO 1.773-DF, embora a mencionada pendência da liminar, só se deu no dia em que sancionada a Lei 13.752/18, isto é, em 26/11/18. De caráter monocrático, ao mencionar a crise econômica que acometia o país, a decisão dá conta da superveniência da lei e pondera sobre o impacto orçamentário que a liminar produzira.

Então, revogou a tutela antecipada e vedou, a partir do implemento salarial pela nova lei, o pagamento de auxílio-moradia a qualquer juiz e membro do Ministério Público, a qualquer título, determinando, ainda, a suspensão de todas as ações que ventilassem a matéria. A conclusão disso tudo é que parte considerável de juízes e promotores de justiça receberam o auxílio-moradia por pouco mais de quatro anos em razão de uma decisão *in limine*, precária, cuja constitucionalidade, sem dar satisfação à sociedade, um dever de *accountability* judicial, nunca foi pronunciada, dado que a ação que a discutia foi julgada prejudicada. Assim, embora não se defenda o açodamento das decisões judiciais ao reconhecimento de que elas também têm um tempo de maturação, a situação exposta inspira a crítica quanto à agenda, a pauta da Corte. Ora, não seria de se pautar o quanto antes a questão, afeta a matéria tão sensível numa República, a saber, o bolso do contribuinte? Seriam desde sempre importantes os elementos mencionados na decisão monocrática que revogou a mencionada tutela, ou tais considerações – ante a sincronidade com a lei que majorou o subsídio dos ministros – vieram a ser tornar importantes posteriormente? São questões que a pesquisa deixou em aberto, propositalmente.

Como salientou-se, está fora de jogo esquadrihar o merecimento no pagamento de auxílio moradia a juízes e promotores. A questão não é esta, mas sim examinar criticamente a agenda do diálogo, o seu *timing*, especialmente pelo vulto aos cofres públicos que esse suposto direito representou, garantido *in limine* e por anos a fio sem que se tenha aventado, ao desfecho da AO 1.773-DF, repetir o indébito. Foi trilhando esse caminho que se expôs a ácida crítica de Conrado Hübner sobre o episódio. Reforçando que somente após 4 anos de liminar mantendo os 4300 reais mensais de auxílio é que o STF deu fim à ação – sem o julgamento de mérito. Perplexo, não encontrou as razões do silêncio bizantino da corte, mutismo que custou mais de 5 bilhões aos cofres públicos, sem aventar-se ressarcimento.

Como salientado, forçosa a conclusão de não bastar o fomento ao diálogo institucional, puro e simples, erguendo o estandarte do entendimento entre os Poderes. Analisar a pauta do diálogo e o que eventualmente lhe subjaz ou transborda também é importante. Isto, sem desprezar a atenção à forma e agenda dos diálogos. Termos outros, a atenção ao mecanismo dialógico entre Poderes, sobretudo quando um dos seus atores é o Poder Judiciário, deve mirar a natureza da conversa, se se trata de *assuntos republicanos* (como no jargão de politólogos) ou particularistas. O caso do auxílio-moradia é ilustrativo nesse sentido.

Ao fecho, se a pesquisa tem num primeiro momento de lidar com a frustração em não alcançar o seu objetivo inicial, há o regozijo dela *per se*. Recorda, com as adaptações devidas, a colocação do filósofo britânico comentador da obra de Thomas Hobbes, Michal Oakeshott: “I do not suggest that is the only hypothesis a sensible man might entertain; I suggest only that is one worth while investigating”⁵³⁹. Assim, olhando em retrovisor a coleta de dados, as leituras de atas de sessões legislativas, análise minuciosa das emendas e requerimentos, a correlação de dados brutos e empíricos com a teoria, enfim, tudo isso não é em vão, especialmente porque se trata de pesquisa cujo objeto ainda é tido por escasso na academia jurídica: as nuances do processo legislativo. Isto, sem mencionar a conexão do assunto principal com outros candentes, como o afastamento da Política e do Direito pelo Juspositivismo, o ativismo judicial e as respostas legislativas respectivas e as teorias dialógicas, que permitiriam a distensão entre instituições de Estado, algo cuja necessidade tem impelido a prática se fazer rotina no Brasil.

Como visto, nas sessões de debates do PLS 166/10 junto Senado não foram expostos pelo corpo parlamentar os *critérios* de que teriam se valido para a importação de institutos do *common law*, que matizam a cultura precedentalista no ordenamento jurídico nacional. Preocupações do gênero, tão só na manifestação das entidades de classe ligadas ao Direito, ainda assim, em número reduzido. Sem embargo, observou-se que a cultura jurisprudencialista cujo fomento no Brasil é visto a olho nu, ao estabelecer o Direito por vias argumentativas, pode superar o Positivismo Jurídico, apontado como, entre outros problemas, separador do Direito e da Política. Por outro lado, vendo-se o ativismo judicial à brasileira como possível fruto da cultura jurisprudencial, da parte do Legislativo são lançados golpes normativos que buscam impor à decisão judicial critérios ótimos no que diz respeito à motivação, sem descurar de um olhar prospectivo, às consequências. Embora essa boa-intenção, viu-se também as reações puramente revanchistas do Legislativo ao Judiciário, a respeito das quais estudou-se sobre os diálogos institucionais, que, embora o tom de panaceia, a crítica no sentido de não bastarem o seu estabelecimento, mas voltar a atenção ao seu tempo, o *timing*, e ao seu tema, afinal de contas, pautas particularistas também são pautas, embora despidas do tal caráter *republicano*.

⁵³⁹ “não sugiro que seja a única hipótese que um indivíduo sensato pode aceitar; sugiro tão somente que ela é digna de investigação” (tradução nossa). OAKESHOTT, Michael. **The politics of faith and the politics of scepticism**. Avon: The Bath Press, 1993. p. 19.

Condensando o todo, não encontrada a *centralis ratio* motivadora da introdução de caracteres estrangeiros para cá, traduzida no que ficou conhecido como *jurisprudencialização*, *commonlização* ou *precedentalização* e assumindo-se a possibilidade de motivação legislativa puramente voluntarista e distorcida, a questão mantém latente uma equação que não fecha, isto é, dê-se o nome que se queira dar ao fenômeno, segue não resolvendo os problemas que justificariam as mudanças. Em miúdos, não resolve a *segurança jurídica* tão buscada e propalada em inúmeros documentos que estruturaram o CPC de 2015 desde o seu anteprojeto, afinal de contas, seguem os problemas tanto relacionados à prestação jurisdicional, como o ativismo judicial, quanto os que envolvem as tensões institucionais e as dimensões entre o Direito e a Política. Assim, se o legicentrismo – e com ele o Jupositivismo – era um problema, a atuação de juízes e tribunais formando Direito *ex post factum* (a *jurisprudencialização*, que, em última análise, reflete a dita *commonlização*) também não se afigura como solução.

Todavia, reputando recente o apontado hibridismo na matriz jurídica brasileira, reconhece-se a necessidade de o fenômeno maturar. Quem sabe o que se convolará da batalha institucional por quem diz o Direito? Mais tensões matizadas pelo ativismo judicial, mais reações legislativas revanchistas, ou, num cenário mais otimista, mais (salutares) diálogos institucionais? Não se sabe, isto são apenas *futurações*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALVAREZ, Rodrigo. **Cristo**: os acontecimentos extraordinários que se seguiram à crucificação de Jesus e redefiniram o mundo. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G., Constituição, governo e governabilidade. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARISTÓTELES. **Constituição dos atenienses**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). **Sugestões ao PLS nº 166/2010**. [S. l.], 8 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550558&ts=1630412444311&disposition=inline&_gl=1*162rj9j*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ3NDEuMC4wLjA. Acesso em: 06 jan. 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS (ANPM). **ANPM 0293/2010**. Porto Alegre, 14 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550504&ts=1630412443857&disposition=inline&_gl=1*Itsmhw*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ2ODUuMC4wLjA. Acesso em: 04 jan. 2024.

ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BAMBINI, Luís Gustavo. O Poder Judiciário e seu protagonismo nas decisões políticas brasileiras. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BARBOSA, Elazier. **Novo dicionário: a origem das palavras: edição revisada, ilustrada e com verbetes em 8 idiomas**. [S. l.], 2017. Edição Kindle.

BARRETO, Tobias. **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis: Vozes, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 08 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Barroso diz que não se arrepende de 'perdeu mané', mas lamenta o ocorrido**. [S. l.], 19 nov. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/11/29/barroso-lamenta-ocorrido.htm>. Acesso em: 08 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to he principles of morals and legislation**. kitchener: Batoche Books, 2000.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. New Yourk: Oxford University Press, 2016. Liv. 1: of the rights of persons.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL, **Lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009**. Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12033.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL, **Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever

pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art2. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL, **Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm#art140%C2%A73. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 8.046, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-166-2010>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei complementar n. 518, de 2009**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Autoria: Antonio Carlos Biscaia. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953#tramitacoes>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 2.646, de 13 de agosto de 2015**. Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal referido no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal, e dá outras providências. Autoria: Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1635730>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Parecer n. 1.099, de 2014**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202783&ts=1630429505158&disposition=inline&_gl=1*suysod*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMjY0MDgwNC4yMC4xLjE3MDI2NDI2ODYuMC4wLjA. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado n. 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento? dm=4550297&ts =1630412442152&disposition=inline&_gl=1*1dqahj8*_ga*OTAwOTk2Nzl3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0ODI2OTAuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado n. 166, de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-166-2010>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 64, de 2018**. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Autoria: Senadora Simone Tebet (MDB/MS). Brasília, DF: Senado Federal, [2018]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-64-2018?_gl=1*1msijqy*_ga*OTAwOTk2Nzl3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_2TJV0B8LD3*MTY5MzU3NDE5NC4xLjAuMTY5MzU3NDE5NC4wLjAuMA. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto de 21 de abril de 2022**. Concede graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional n. 39, de 19 de dezembro de 2002. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc39.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003.

Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportiva que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm#art1. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Lei complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 04 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002.** Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10628.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas gerais para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Brasília: DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 7 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.752, de 26 de novembro de 2018.** Dispõe sobre o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13752.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.661, de 23 de agosto de 2023**. Acrescenta art. 1.815-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar, nos casos de indignidade, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a exclusão imediata do herdeiro ou legatário indigno. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14661.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Ato do presidente nº 379, de 2009. Institui Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, n. 153, 3 out. 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/251?sequencia=68>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Ofício nº 1.883/2010 SEPOP**. Brasília, DF: Senado Federal, 8 out. 2020. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550576&ts=1630412444458&disposition=inline&_gl=1*q1g4x3*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjE2OTcuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Substitutivo da Câmara**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202729&ts=1630429504807&disposition=inline&_gl=1*hq6o62*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDM5NDY2MS4yMi4xLjE3MDQzOTUwNDEuMC4wLjA. Acesso em: 04 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 43-DF**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do último incidente: Min. André Mendonça (ADC-ED-segundos). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2797**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4578**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais-CNPL. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054902>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 14**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja. 28 de setembro de 1989. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483275>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária AO 1773**. Autores: Dimis da Costa Braga e outro(a/s). Réu: União. Relator: Min. Luiz Fux. 26 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal AP 565**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol. Min. Cármen Lúcia. 8 de Agosto de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4024333>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento AI 231132**. Agravante: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Agravados: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Carlos Velloso. 25 de maio de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1735036>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 541**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 26 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5550743>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 527**. Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lesbicas e Transgêneros. Intimado: Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 124306**. (1. Turma). Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira (12819/RJ). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 126292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 143641**. (2. Turma). Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coatores: Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 152752**. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 154248**. Paciente: Luiza Maria da Silva. Impetrante: Jose Gomes de Matos Filho (05137/df) e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Amicus Curiae: MNU - Movimento Negro Unificado - Organização de Luta e Libertação do Povo Negro. Relator: Min. Edson Fachin. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS 24875**. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outro(a/s). Impetrados: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 11 de maio de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2214843>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32326 Distrito Federal**. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. 02 de setembro de 2013 (liminar). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4456613>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 153771**. Recorridos: Jose Tarcizio de Almeida Melo e Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. 20 de novembro de 1996. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1545910>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 231764**. Recorridos: Município de Niterói e Julinha Valério. Relator: Min. Ilmar Galvão. 10 de março de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1718289>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 233332**. Recorridos: Município de Niterói e Sylvio de Almeida. Relator: Min. Ilmar Galvão. 10 de março de 1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1722000>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 888815**. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 670**. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula670/false>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 394**. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em 10 set. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2.

BUENO, Eduardo. **Náufragos, traficantes e degredados**: as primeiras expedições ao Brasil, 1500 - 1531. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial e a evolução do direito**. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, Jorge Morais; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013. Edição Kindle.

CATTANEO, Mario Alessandro. **Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)**. Milano: Giuffrè, 1962.

CENTRO DE APOIO AOS JUÍZES DO FÓRUM JOÃO MENDES JÚNIOR (CAJ). **Ofício nº 35/2010**. São Paulo, 8 set. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550450&ts=1630412443424&disposition=inline&_gl=1*Itsmhw*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTCwNDQ2MTEwMi4yMy4xLjE3MDQ0NjQ2ODUuMC4wLjA. Acesso em: 05 jan. 2024.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COMISSÃO DE JURISTAS “NOVO CPC”. 14ª Reunião – 01/06/2010 – Votação do Relatório final. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 65, n. 087, 09 jun. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/591?sequencia=328>. Acesso em: 22 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Código de ética da magistratura nacional**. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Brasília: DF: CNJ, 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 08 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 199, de 7 de outubro de 2014**. Estabelece que a ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art. 65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, de caráter indenizatório, é devida a todos os membros da magistratura nacional. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2076>. Acesso em: 28 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 274, de 18 de dezembro de 2018**. Regulamenta o pagamento de auxílio-moradia no Poder Judiciário Nacional. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_274_18122018_20122018152034.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAVID, René. **O direito inglês**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 109, 10 jul. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/726?sequencia=26>. Acesso em: 28 nov. 2023.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 117, 3 ago. 2010. Disponíveis em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2190?sequencia=1123>. Acesso em: 28 nov. 2023; DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, ed. 119, 5 ago. 2010 Disponíveis em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1208?sequencia=183>. Acesso em 28 nov. 2023.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 198, 2 dez. 2010. p. 55005-55006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/2971?sequencia=315>. Acesso em: 28 nov. 2023.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 207, 15 dez. 2010. p. 58550-58555. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3016?sequencia=8>. Acesso em 05 dez. 2023.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF, ano 65, n. 208, 16 dez. 2010. p. 58757-58760. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3021?sequencia=11>. Acesso em: 07 dez. 2023.

DIDDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DORNELES, Francisco. **Emenda n. 86 ao PLS n. 166/2010**. Busca a supressão de todo o Capítulo VII, do Título I, do Livro IV, correspondente aos artigos 895 a 906, do Projeto de Lei no Senado n° 166, de 2010, procedendo-se às alterações decorrentes da supressão proposta, nos dispositivos que se referem a este incidente. Brasília, DF: Senado Federal, 26 ago. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550360&ts=1630412442691&disposition=inline&_gl=1*198i5jv*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMzQzNDQ1MS4yMS4xLjE3MzY4NjkuMC4wLjA. Acesso em: 24 dez. 2023.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 43-50.

DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política nacional**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1939.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição Kindle.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: UNB, 1986.

ÉSQUILO. **Oresteia**: Agamémnon, Coéforas e Euménides. Coimbra: Almedina - Edições 70, 2008.

EVERITT, Anthony. **A ascensão de Atenas**: a história da maior civilização do mundo. São Paulo: Crítica, 2019.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERGUSON, Niall. **Civilização**: ocidente x oriente. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2016.

FERGUSON, Niall. **Império**: como os britânicos fizeram o mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREITAS, Márcia Aparecida de. **Hermenêutica e direito**. São Paulo: RG Editores, 2020.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Toth, 2020.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HERÓDOTO. **Historia**. Madrid: Gredos, 1992.

HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei, A análise política do direito, do judiciário e da doutrina jurídica. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

KOLBERT, Elizabeth. **A sexta extinção**: uma história não natural. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed., Chicago: University of Chicago Press, 1970.

LEITE, Dante Moreira. **O caráter nacional do brasileiro**: história de uma ideologia. 8. ed. São Paulo: Unesp, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Bogotá: Legis, 2004.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 20. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2021.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Dominique Makins, São Paulo: Novo Século, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier, São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição Kindle5.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia**: vícios e disfarces do judiciário brasileiro. São Paulo: Todavia, 2023.

MENDES, Lucas. “Derrotamos o bolsonarismo”: fala de Barroso se referiu a voto popular, não à atuação de instituições, diz STF”. **CNN Brasil**, Brasília 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/vencemos-o-bolsonarismo-fala-de-barroso-se-referiu-a-voto-popular-nao-a-atuacao-de-instituicoes-diz-stf/>. Acesso em: 08 jul. 2023.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande, Porto Alegre: Sandro Antonio Fabris Editor, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NABUCO, Joaquim. **Balmaceda**. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2003.

NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política**: três perguntas fundamentais para uma distinção. São Paulo: JusPodivm, 2023.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEW YORK. Court of Appeals of the State of New York. **Riggs vs. Palmer, 115**. Nova York, 22 N.E. 188. New York, Oct. 8, 1889.

NORBERT, Rouland. **Nos confins do direito**: antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermantina Prado de Almeida Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

OAKESHOTT, Michael. **The politics of faith and the politics of scepticism**. Avon: The Bath Press, 1993.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2012.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição Kindle.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINKER, Steven. **O novo Iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Lafonte, 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto, Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito processual civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. Nova York: Springer Netherlands, 2011. v. 11: Legal philosophy in the twentieth century: the common law world.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. New Hampshire: Marshall Jones Company, 1921.

REI DA PRÚSSIA, Frederico II. **O anti-Maquiavel**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **História do direito**. São Paulo: Montecristo, 2012. Edição Kindle.

RIBEIRO, Renato Janine. Maquiavel, do diabo à ética. **Revista Cult**, São Paulo, p. 1-8, nov. 2003 Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/maquiavel-do-diabo-a-etica/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque**: des origenes à Aristote. Paris: Les Belles Lettres, 1971.

ROSHEN, Dalal. **A compacta história do mundo**. Tradução de Maurício Tamboni. São Paulo: Universo dos Livros, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**: Livro 3: A filosofia moderna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SANTANA, Adelmir. **Emenda n. 87 ao PLS n. 166/2010**. Propõe alteração no artigo 895 ao Projeto de Lei n. 166, de 2010. Brasília, DF: Senado Federal, 27 ago. 2010. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550405&ts=1630412443055&disposition=inline&_gl=1*198i5jv*_ga*OTAwOTk2NzI3LjE2ODc5MTcwNDA.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMzQzNDQ1MS4yMS4xLjE3MMDM0MzY4NjkuMC4wLjA. Acesso em: 24 dez. 2023.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2017.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SÓFOCLES. **Trilogia Tebana**: Édipo Rei, Édipo em Colono. Atrígon. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Edição Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo, afinal? e qual positivismo?. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, p. 890–902, 2018. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745>. Acesso em: 18 jul. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil**: coisas que se beneficiam com o caos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020.

TALON, Jean. Maquiavel e o anti-Maquiavel: ensaio sobre o Príncipe, de Nicolau Maquiavel, e o anti-Maquiavel, de Frederico II, rei da Prússia. *In*: WEDY, Gabriel; SOUSA Julia Rodrigues Oliveira; ANDRADE, Carla Bonetti de (org.). **Estado de direito na pós-pandemia**. Londrina: Toth, 2022.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle.

TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo Montagner. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the American doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown and Company, 1893.

UNITED STATES. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 1 Ranch 137 (1803). [S. I.], Feb. 24, 1803.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VERNANT, Jean-Pierre; VIDAL-NAQUET, Pierre. Tensões e ambiguidades na tragédia grega. *In*: VERNANT, Jean-Pierre; VIDAL-NAQUET, Pierre. **Mito e tragédia na Grécia Antiga**. São Paulo: Duas Cidades, 1977. p. 17-34.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

WALDROP, Mitchell M. **Complexity**: the emerging Science at the edge of order and chaos. New Yourk: Open Road Integrated Media, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WANG, Daniel Wei Liang, Introdução. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um Estado democrático de direito. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020.