



Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória¹

(Triangle of Argumentative Violence- supreme, superior and constitutional courts: decision monitored in a monitory democracy)

Thiago Santos Aguiar de Pádua

Lawyer in Brazil. LL.M Candidate.

Resercher at the Brazilian Center for Constitutional Studies (BCCS/CBEC)

Abstract: This article aims to make a legal approach to decision-making of Supreme, Superior and Constitutional Courts, from the concept of “Monitory Democracy” in John Keane, and the most prominent threat to its existence, the “Triangle of Violence, composed of: 1) Nuclear Anarchy, 2) Uncivil War, and 3) Apocalyptic Terrorism, also from John Kene. In this sense, we coined the “Triangle of Argumentative Violence”, in which we list three vertices that would be dangerous for “Monitory Democracy”: 1) Argumentative Anarchy, from the distinction between deliberative models (*seriatin* and *per curiam*), 2) Uncivil Dispute, when we discuss the so called “*Rambo Tactics*”, and 3) *Ad Terrorem* Argument. This is a brief analysis.

Resumo: O presente artigo busca fazer uma abordagem jurídica da tomada de decisão das cortes superiores, supremas e constitucionais a partir do conceito de “Democracia Monitória” em John Keane, e sobre a mais proeminente ameaça à sua existência, o “Triângulo da

¹ Um agradecimento especial aos professores Jefferson Carús Guedes, Luís Carlos Martins Alves Jr., Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Pablo Malheiros da Cunha Frota, André Pires Gontijo e a todos os colegas mestrands e doutorandos que se dispuseram a fazer uma leitura prévia, contribuindo com sugestões e críticas.



Violência”, composto por: 1) Anarquia Nuclear, 2) Guerra Incivil, e 3) Terrorismo Apocalíptico, também a partir de John Keane. Neste sentido, cunhamos a expressão “Triângulo da Violência Argumentativa”, no qual elencamos três vértices que seriam perigosos para “Democracia Monitória”: 1) Anarquia Argumentativa, quando pesquisamos a distinção entre modelos deliberatórios (*seriatin* e *per curiam*), 2) Disputa Incivil, quando abordamos as chamadas “*Rambo Tactics*”, e 3) Argumento *Ad Terrorem*. Esta é uma breve análise.

Keywords: Monitory Democracy. Triangle of Argumentative Violence. Decision-Making. Seriatin Decisions. Per Curiam Decisions.

Palavras-chave: Democracia Monitória. Triângulo da Violência Argumentativa. Tomada de Decisão. Decisões Seriadas. Decisões da Corte.

Summary: 1 – Initial Considerations. 2 – The Monitory Democracy. 3 – Triangle of (Argumentative) Violence. 3.1 - Triangle of Argumentative Violence: The process of appointment of Judges to the courts. 3.2 - Triangle of Argumentative Violence: Debates of the judges and the pursuit of rationality. 4 – Final considerations. 5 - References.

Sumário: 1 - Considerações Iniciais. 2 - A Democracia Monitória. 3 - Triângulo da Violência (Argumentativa). 3.1 - Triângulo da Violência Argumentativa: Escolha de Membros de Tribunais. 3.2 - Triângulo da Violência Argumentativa: Debates dos Julgadores e a Busca da Localização da Racionalidade. 4 - Considerações Finais. 5 - Referências Bibliográficas.

1. Considerações Iniciais

“A razão pela qual o judiciário é uma espécie de aliado valioso para qualquer classe ou movimento político é que as Cortes, quando a pretexto de falar em nome da Constituição,



mesmo quando falam falsamente, são a única instituição na América que clama finalidade absoluta para suas decisões, às quais é conferido status superior pelos outros organismos. A Constituição não prevê nenhuma checagem sobre as Cortes, exceto a altamente incerta autoridade para designar novos Juízes quando ocorrem vacâncias. Uma série de surpresas desagradáveis no comportamento de novos Juízes sugere que os poderes de indicação não são mais que uma salvaguarda. (...) As performances das Cortes fazem um strike no coração do conceito de república. Sem nenhuma autorização do Direito, nove advogados dividem-se em 5 a 4, e os julgamentos do Congresso, do Presidente, das legislaturas estaduais, Governadores, outros juízes federais de outros 50 Estados são tornadas instantaneamente irrelevantes. O que quer que isso seja, não é democracia ou forma republicana de governo. É uma oligarquia togada.” R. Bork²

O presente artigo utiliza uma representação simbólica para abordar a racionalidade/irracionalidade de alguns aspectos sobre as Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais³ relacionados ao seu agir decisório, buscando refletir sobre algumas práticas, ao tempo em que se realiza um convite para o prosseguimento do diálogo.

A partir dos motes articulatórios do conceito de “Democracia Monitoria”⁴, conforme elaborados por John Keane em sua obra “Vida e Morte da Democracia”, e a partir da descrição

² Tradução do original nossa: “The reason the judiciary is such a valuable ally to any class or political movement is that the courts, when purporting to speak in the name of the Constitution, even if they speak falsely, are the only institution in America that claims absolute finality for its decisions and is accorded that superior status by all other bodies. The Constitution provides no check upon the courts other than the highly uncertain authority to appoint new judges when vacancies occur. A series of unpleasant surprises in the behavior of new judges suggests that the appointment power is not much of a safeguard. (...) The Court’s performance strikes at the heart of the concept of a republic. Without any warrant in law, nine lawyers split five to four, and the judgments of Congress, the President, state legislatures, governors, other federal judges, and the judges of all 50 states all are made instantly irrelevant. Whatever else it is, that is not democracy or a republican form of government. It is a robed oligarchy”. Cfr: BORK, Robert “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, Heritage Lectures, n 1147 (2008), p. 3-4.

³ A distinção entre Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais é reconhecida por este trabalho, embora não seja importante um tratamento mais denso e profundo para os fins aqui abordados. Em que pese tal questão, esta distinção será feita no decorrer do trabalho.

⁴ Embora seja retomada de maneira mais densa na sequência do artigo, podemos afirmar, a partir de John Keane, que Democracia Monitoria (*Monitory Democracy*) é uma “nova” forma histórica de democracia, oriunda da mistura das duas formas históricas anteriores (Democracia por Assembleia e Democracia Representativa), em que se busca mais do que eleições limpas, livres e justas. A Democracia Monitoria está atrelada ao permanente escrutínio do exercício do poder. A Democracia Monitoria é muito mais sensível às arbitrariedades do poder que



do “Triângulo da Violência”⁵, obtivemos a inspiração para o desenvolvimento do “Triângulo da Violência Argumentativa”⁶.

Parte-se da premissa de que nada pode ser mais chocante e danoso para a democracia, no âmbito da prática cotidiana dos Tribunais, que a ausência de diálogo e a violência que caracteriza determinados tipos e espécimes de argumentação, e mesmo a falta dela. Aliás, a democracia deve deixar de ser “esta coisa limitada, condicionada, amputada, sequestrada”, sendo necessário que “se abra o debate, para que a sociedade civil encare a contradição e deixe de viver de empréstimo”⁷.

Em linhas gerais, assumindo-se a existência de um novo tipo de democracia, chamada de “monitória”, um novo tipo de crítica e de controle deve ser exercido sobre os Tribunais Supremos, Superiores e Constitucionais⁸, e as suas decisões (que tornam insubsistentes normas criadas por parlamentos eleitos democraticamente), que representam o mais significativo

suas precedoras. Nas palavras de Keane: “*Democracy came to mean the continuous public scrutiny, chastening and control of power, wherever it is exercised, according to standards ‘deeper’ and more universal than the old reigning principles of periodic elections, majority rule and popular sovereignty*”. Cfr.: KEANE, John. The Origins of Monitory Democracy. The Conversation, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.theconversation.com/the-origins-of-monitory-democracy-9752>>, acesso em 08.07.2014; KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p.531-792.

⁵ Da mesma forma, retomaremos mais à frente a questão do Triângulo da Violência, conceito cunhado por John Keane, representativo dos maiores perigos para a sobrevivência da Democracia Monitória. O Triângulo da Violência é composto por 1) Anarquia Nuclear, 2) Guerra Incivil e 3) Terrorismo Apocalíptico. A partir destes conceitos, obtivemos a inspiração para abordar um Triângulo da Violência Argumentativa, que por sua vez é composto por 1) Anarquia Argumentativa. 2) Disputa Incivil e 3) Argumento Ad terrorem. Cfr.: KEANE, John. The Triangle of Violence. New Statesman - May 23, 2002, Disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 08.07.2014; KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p.704-712.

⁶ Em razão da abordagem escolhida, não são aqui objeto de análises as reflexões de Jürgen Habermas, que eventualmente poderiam - em outro momento - ser de alguma utilidade para uma discussão a partir do agir comunicativo, bem como não se analisa aqui o pensamento de Niklas Luhmann, exceto uma breve abordagem sobre um texto de sua autoria acerca da posição dos tribunais no sistema jurídico, de maneira lateral, quando da diferenciação entre Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais. Não serão também aqui debatidos os pensamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, grandes expoentes da dimensão argumentativa do Direito, em razão da limitação da proposta e do caminho perfilhado, embora se reconheça desde já que no futuro podem colaborar em uma renovada e distinta abordagem. E isto porque citá-los apenas como adorno de autoridade, sem proposta específica e contornos adequados, seria a um só tempo desrespeitá-los enquanto teóricos do Direito, além de uma violência argumentativa, para os fins descritos no presente *paper*.

⁷ SARAMAGO, José. Democracia e Universidade. Lisboa/Pará: Fundação José Saramago/Ed. UFPA, 2013, p. 31.

⁸ Como se observará, não apenas da prática dos Tribunais, mas engloba a atividade de qualquer pessoa que decida, e argumente no âmbito do poder judiciário, incluídos Advogados Privados, Públicos, Membros do Ministério Público, Juízes, Desembargadores, Ministros e Partes.



momento de tensão entre a Democracia e o Estado de Direito, devem ser também fortemente monitoradas, controladas pela crítica de maneira extremada, para que sejam, se for o caso, elas mesmas constrangidas (e quem sabe, até tornadas insubsistentes)⁹.

Exige-se, então, o estabelecimento conceitual dos quadros dos perigos na era da “Democracia Monitória”, e dos mecanismos de identificação destes perigos enquanto habitantes da exteriorização das decisões dos Tribunais e Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais¹⁰. Se os perigos podem ser enquadrados a partir da visualização do “Triângulo da Violência”, conforme abordado e elaborado por John Keane quando menciona a categoria da “Democracia Monitória”, parece possível concretizar a idealização de um “Triângulo da Violência Argumentativa”, com algumas considerações sobre a prática decisória das Cortes em geral. Defende-se que desde o momento de escolha de membros para os Tribunais¹¹, até o momento de suas atuações isoladas e interações coletivas, é possível observar este quadro que se abordará, conforme mencionado, como “Triângulo da Violência Argumentativa”.

Para os fins deste artigo, argumento é “elemento linguístico” uma vez que se exterioriza por meio da linguagem, destinado à persuasão eficiente, em cuja eficiência se estabelece a necessidade de fazer com que o(s) destinatário(s) dos argumentos (quaisquer pessoas que os ouçam) criem nas premissas e nas conclusões do(s) retor(es), vale dizer, aquele(s) que argumenta(m)¹², e se entende por violência algo distinto do poder, da força ou do vigor, que precisa sempre de instrumentos, cuja substância reside no meio/objetivo que possui

⁹ Não se cuida aqui de adotar uma determinada classificação da teoria das nulidades, vinculadas a teoria geral do Direito, e nem este tema é parte central do artigo, sendo argumentação lateral e que eventualmente pode vir a ser robustecida em um amadurecimento futuro.

¹⁰ Aqui a referência a Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais, leva em consideração duas análises específicas, quais sejam, as considerações de Louis Favoreu sobre as características das Cortes Constitucionais e as considerações de Daniel Mitidiero sobre as Cortes Supremas e Superiores, especificamente as funções de recurso enquanto *jus constitutionis* (Cortes Supremas) e *jus litigatoris* (Cortes Superiores). Respectivamente em: FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004; MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013. As referências levam em conta indistintamente estes órgãos institucionais, sabendo de sua distinção funcional, considerando apenas a função de decisão colegiada, ou monocrática.

¹¹ As referências atêm-se ao recrutamento de membros de Tribunais que exigem discussão e debate público e político, não se referindo a certames públicos (de provas e de títulos), e sendo mais especificamente vinculado as indicações e sabatinas, e.g., de Ministros ou Justices na Suprema Corte Americana e/ou Brasileira.

¹² GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 23.



como mais importante característica, quando aplicada as atividades humanas, a de que os fins correm o perigo de serem dominados pelos meios, que justificam e que são necessários para alcançá-los, e abriga em seu seio um elemento adicional de arbitrariedade¹³.

Mas a junção do termo “violência argumentativa”, no que se chamará de “Triângulo da Violência Argumentativa”, desenvolverá 3 categorias distintas, eventualmente complementares e não excludentes, que poderão ser observadas pela prática impregnada de violência argumentativa por procuradores, partes e magistrados (Juízes, Desembargadores e Ministros) em processos judiciais, desenvolvidos também a partir das reflexões sobre as chamadas “*Rambo Tactics*”¹⁴ com influência das reflexões categóricas do Triângulo da Violência de John Keane.

Busca-se identificar os pontos que seriam problemáticos, em uma “Democracia Monitoria”, visando aplicar os mecanismos conceituais desenvolvidos enquanto “Triângulo da Violência Argumentativa”, com vistas a explorar a ideia de que as decisões das Cortes e Tribunais Supremos e Constitucionais podem representar violência simbólica, com a emasculação do imaginário da Democracia em si mesma considerada.

Cuida-se de um convite ao diálogo, que acredita na existência do ponto cego, conforme recordado por Marcelo Neves em seu “Transconstitucionalismo”, uma vez que todo aquele que observa tem limitada sua observação no chamado “ponto cego” em razão de sua “perspectiva de observação”¹⁵, ônus que se torna dilargado porque toda interpretação é, em si mesma, uma

¹³ ARENDT, Hanna. Sobre a Violência. Trad. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 18.

¹⁴ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, *Loy. L. A. L. Rev.* 81 (1991); MATHESON, Wendy. Civility: Ten Litigators to watch out for. *The Advocates Society Journal*, Vol. 25, nº 1 (2005); REAVLEY, Thomas. Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics, 17 *Pepp. L. Rev.* 3 (1990); CARY, Jean. Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation, 25 *Hofstra L. Rev.* 561 (1996); TIMOTHY PERRIN, L. Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation, 32 *Pepp. L. Rev.* 2, (2005); RIPPLE, Raymond M. Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School, 15 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 359 (2001); ASPEN, Marvin E. The Search for Renewed Civility in Litigation, 28 *Val. U.L. Rev.* 513 (1994); FISCHER, Judith D. Incivility in Lawyers’ Writing: Judicial Handling of Rambo Run Amok, *Washburn Law Journal* Vol. 51, (2001);

¹⁵ NEVES, Marcelo Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 297-298.



forma de poder¹⁶, e ainda, conforme observa Rui Cunha Martins, “ponto cego é privilégio de quem vê”¹⁷, vale dizer, só quem observa pode ter limitada a sua perspectiva de observação.

Trata-se de um convite ao debate e ao diálogo, consciente de que um tal ponto cego representa também expressão de um excesso de confiança naquele mencionado privilégio e nas conjugadas capacidades dos sentidos e da razão em termos de “ver”, e de “decidir”, pois especialmente no caso do sistema jurídico, e mais especificamente naquele que navega pelas searas jurídicas e sociais, esse mencionado excesso de confiança pode se dar de duas maneiras.

1) “enquanto alucinação dos materiais”, vale dizer, pressão exacerbada sobre as propriedades e sobre as funções do próprio direito (dos quais são exemplos fenômenos como tolerância zero, redução de garantias, pressão punitiva, obsessão securitária, crispação probatória), e o critério estético deste excesso seria a “ostensão”;

2) “enquanto turbulência de escalas”, ou seja, deslocamento dito multidirecional dos sujeitos e dos referentes da ordem jurídica, e o seu excesso no critério estético seria a dispersão, e tanto num caso quanto no outro, “a intensificação do existente imprime um excesso de visibilidade, uma sobre-focagem num objeto considerado em fuga e que importa captar sob qualquer condição”, e neste sentido, um objeto que desaparecerá do horizonte da visão no exato momento em que parece iminente a sua captura, passando a se esconder, então, no ponto cego¹⁸.

¹⁶ TAVARES, Gonçalo M. Breves notas sobre o poder. In *Granta*, nº. 2, Poder. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013, p. 291.

¹⁷ Observe-se a interessante argumentação do autor mencionado, no sentido de que várias áreas do saber (Medicina, História, Direito e Comunicação Social) seriam como “galáxias de percepção e da luz”, chamando atenção para o fato de não ser meramente circunstancial que todas elas cuidem, de uma forma ou de outra, do problema da prova, e que na medida que produzem diagnósticos, se interessariam pelas condições do que pode ter ou não ocorrido. Cfr.: CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁸ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.



2. A Democracia Monitória

Conforme ressaltado por Lênio Streck em artigo publicado recentemente, no qual discute as premissas e as conclusões da pesquisa de Thamy Pogrebinski¹⁹, “não adianta discutirmos sobre as exigências da democracia” se tivermos em mente acepções diferentes desse conceito, pois se assim for, a discussão não seria propriamente sobre democracia, e sim sobre “o uso concreto da palavra democracia”²⁰.

Vale recordar que em obra considerada clássica, Giovanni Sartori inicia sua discussão com uma epígrafe de George Orwell, exatamente sobre a palavra democracia, afirmando que não existe nenhuma definição concorde, e paradoxalmente qualquer tentativa de definição encontraria uma oposição de todas as facções, eis que os defensores de qualquer regime se intitulariam democratas, muito embora possuam o temor de ter que deixar de usar a referida palavra (democracia) se ela vier a ser veiculada a um único significado, e a afirmação inicial de Sartori faz refletir por longo período: “Democracia, de modo paradoxal, pode ser definida como um termo empolado aplicado a alguma coisa inexistente”²¹.

Este o motivo pelo qual uma análise sobre a democracia, como a que é realizada por John Keane, é apropriada para uma abordagem sobre a tensão democrática em termos de racionalidade e adequação decisória da Suprema Corte. Valemo-nos aqui, primacialmente, da parte III da obra de John Keane, especialmente sobre a abordagem da “democracia monitoria” ou “monitorizada”.²²

¹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier/Konrad Adenauer/Campus, 2012.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. O Ativismo e a Judicialização: De Como os Números Podem Velar o Fenômeno, in: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; et al. *Novo Constitucionalismo Latino-Americano, O Debate sobre novos sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 148.

²¹ SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*, Trad. Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 17.

²² A segunda expressão (monitorizada) é utilizada na abertura do capítulo (p. 529), enquanto o adjetivo “monitorio” aparece referido mais à frente: “O adjetivo monitorio deriva da palavra medieval *monitoria* (de *monere*, alterar). Entrou no inglês na Idade Média na forma *monitorie* e daí passou devagar para a moderna linguagem inglesa, em meados do século 15, para se referir ao processo de dar ou transmitir um alerta sobre um perigo iminente ou uma admoestação para alguém se refrear de um processo específico de ação considerado ofensivo. Foi usado, pela primeira vez, na Igreja, para se referir a uma carta ou cartas (conhecidas como ‘monitorias’) enviadas por um bispo, um papa ou um tribunal eclesiástico que agiam na capacidade de um



Historicamente, termos e definições, *ex ante* e *a priori* de democracia, teriam perdido o seu significado, uma vez que ela, a democracia, tornou-se polivalente, sendo certo que as pessoas começaram a vê-la como um modo de reconhecer o poder de distintos e diferenciados ângulos. Alega-se que a metáfora da “terceira onda” (da democracia representativa, cunhada por Samuel Huntington²³) teria falhado na percepção de uma história de mudança na democracia, que teria começado na segunda metade do século XX, mas ainda estaria em andamento, ou seja, “o nascimento de um novo tipo de democracia”, do tipo “pós representativa”, distinta de democracias de assembleias e representativas de tempos passados²⁴.

O termo “democracia monitoria” seria então o mais adequado para descrever a grande transformação pela qual passam países tão distintos como Argentina, Estados Unidos, Índia e

‘monitor’. A família de palavras ‘monitor’, ‘monição’, e ‘monitório’ logo foi utilizada para fins seculares ou deste mundo. O monitor era aquele ou aquilo que admoesta outros sobre sua conduta. A palavra ‘monitor’ também era usada em escolas para se referir a um pupilo sênior que devia desempenhar deveres especiais, tais como manter a ordem, ou (se o pupilo fosse particularmente brilhante ou bem dotado) agir como professor numa classe júnior. Um monitor também passou a significar um método de advertência precoce; também disseram que ele era uma espécie de lagarto africano, australiano e da Nova Guiné amigável aos seres humanos, pois alertava sobre o paradeiro dos crocodilos. Mais tarde ainda, a palavra ‘monitor’ passou a ser associada a instrumentos de comunicação. Referia-se a um receptor, tal como um alto falante ou uma tela de televisão usada para checar a qualidade ou o conteúdo de uma transmissão eletrônica; e no mundo da computação e da informática um ‘monitor’ se refere seja a um dispositivo de vídeo ou a um programa que observa ou supervisiona ou controla as atividades de outros programas. Em anos mais recentes, não desconectados com a emergência da democracia monitoria, ‘monitorar’ tornou-se um verbo lugar-comum para descrever o processo de fiscalizar sistematicamente o conteúdo ou a qualidade de algo, como quando uma autoridade municipal monitora bebedouros locais para verificar se há impurezas ou um grupo de peritos científicos monitoram a população de uma espécie de perigo. Tais usos parecem ter inspirado a teoria da ‘democracia monitorial’ desenvolvida pelo estudioso norte-americano Michael Schudson”. Cfr.: KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619.

²³ Escrevendo em 1991, Samuel Huntington mencionava que estaríamos então vivendo a 3ª onda de democratização na história do mundo moderno, a era das transições democráticas, enquanto menciona que a “primeira onda, longa” de democratização teria começado em 1820, com a expansão do sufrágio em largas proporções para a população masculina nos Estados Unidos, com duração de aproximadamente 1 século (até 1926), trazendo consigo o número de 29 democracias. Após a primeira onda, menciona-se a ocorrência da primeira “onda reversa” com a assunção do poder por Mussolini, na Itália em 1922, que até 1942 teria reduzido o número de democracias no mundo para 12. O triunfo dos aliados na II Guerra mundial iniciou, segundo alega, a segunda onda de democratização, aumentando-se para 36 o número de governos democráticos até 1962, apenas para ser seguido de uma “segunda onda reversa” que teria ocorrido entre 1960-1975, que teria reduzido o número de democracias para 30 governos democráticos. Cfr.: HUNTINGTON, Samuel P. *Democracy's Third Wave*, *Journal of Democracy* vol. 2, n. 2 (1991).

²⁴ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 618.



Nova Zelândia²⁵, e por que também não dizer o Brasil? Ressalte-se que a democracia monitória seria uma “nova forma histórica de democracia”, uma variação política do tipo “pós-parlamentar”, que pode ser definida pelo rápido crescimento de muitos e variados “mecanismos extraparlamentares de escrutínio de poder”, ou seja, dentro ou fora dos estados, “monitores independentes de poder” passam a ser tangíveis e perceptíveis, ao colocar partidos políticos e parlamentares eleitos em estado de alerta permanente, complicando suas vidas e questionando a sua autoridade, forçando-os a alterar a sua agenda e muitas vezes os levando “à desgraça”²⁶.

Em John Keane, a “democracia monitória” está especialmente atrelada a sociedade civil, aos chamados “monitores da sociedade civil”, motivo pelo qual parece equivocada a proposição de Marianna Montebello Willeman de que os Tribunais de Contas exerceriam àquele papel (de monitorar a democracia) em razão de realizarem “o escrutínio dos gastos públicos”, e ainda - conforme alega a autora – promover o aprimoramento da governança fiscal e o resguardo da probidade no setor público financeiro com a minimalização da corrupção²⁷.

E isto porque a democracia monitória é concebida como “a forma mais complexa de democracia até agora”, ou ainda, seria uma espécie de “*tertium quid*”, ou seja, uma sucessora “não inteiramente formada” dos dois anteriores experimentos históricos, “com formas de democracia por assembleia e por representação”. Localiza-se um marco temporal de nascimento: 1945, que trouxe consigo cerca de 100 novos tipos de “instituições escrutinadoras do poder” que eram, alega-se, desconhecidas dos democratas do passado que possuem como referência àquela data²⁸.

Estaríamos diante do rompimento do culto da regra da maioria, associado a democracia representativa, sendo a era da democracia monitória a era das pesquisas, grupos de foco, petições *on line*, tendendo a ampliar o direito de voto “a um número muito maior de vozes”,

²⁵ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619.

²⁶ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619-20.

²⁷ MONTEBELLO WILLEMANN, Marianna. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil, RDA - Revista de Direito Administrativo 209 (2013), p. 248.

²⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 620.



ainda que para “representantes não eleitos”, mas neste último caso expressamente referindo-se a organizações de direitos humanos, com habilidade na defesa de “tópicos específicos”, e ainda, há a substituição da velha regra de ‘um homem, um voto, um representante’ por ‘uma pessoa, muitos interesses, muitas vozes, votos múltiplos, representantes múltiplos’ que é o “novo princípio da democracia monitoria”²⁹.

Assim, as Cortes de Contas e mesmo as Cortes Constitucionais não estariam caracterizadas dentro do conceito de “monitores da democracia”, seja pela utilização do critério da experiência, como faz Jorge Amaury Maia Nunes³⁰, seja porque não atenderiam ao critério cronológico³¹ de 1945, vale dizer, no Brasil o Tribunal de Contas é criação anterior à 1ª Constituição Republicana³², e o Controle de Constitucionalidade merece destaque em três marcos históricos distintos, 1803³³, 1907³⁴ e 1951³⁵, com uma história e contextos próprios e

²⁹ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 621.

³⁰ O autor menciona: “Não tenho mais idade para acreditar no mito do ditador bonzinho, nem creio que a sociedade brasileira, que ainda é jovem, mas não é burra, continue assistindo, num impávido estado de catatonismo, à importação de conceitos hauridos da Europa continental, certamente inaplicáveis ao Judiciário brasileiro (construído em outras bases) e que, se aplicados à nossa realidade, rompem perigosamente o delicado equilíbrio da separação de poderes”. Cfr.: MAIA NUNES, Jorge Amaury. 9 de dezembro de 2012, “Julgamento do STF e perda de mandato parlamentar,” Blog do Professor Amaury, disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com.br/2012/12/julgamento-do-stf-e-perda-de-mandato.html>>, acesso em 07.07.2014.

³¹ De fato, parece bastante complexo “cartesianar o tempo”, mas John Keane trata do tema sob o prisma histórico, o que merece ser refletido de maneira intensa em uma outra oportunidade.

³² A propósito, observe-se o vetusto Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, firmado por Ruy Barbosa e Deodoro da Fonseca, que “Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica” (linguagem arcaica, preservada do original).

³³ Para uma análise crítica do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, o clássico artigo de William W. Van Alstyne, de 1969, que realiza um amplo levantamento contextual do caso, e até mesmo um cruzamento do significado da decisão com os “Federalists” e “Anti-Federalists” *papers*. Cfr.: VAN ALSTYNE, William W. *A Critical Guide to Marbury V. Madison*, 18 *Duke Law Journal* 1-47 (1969); Ainda, o sucinto, porém provocativo artigo de Winfield Rose que menciona que John Marshall mudou a história através de uma citação equivocada da Constituição. Cfr.: ROSE, Winfield H. “*Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution*”. *Political Science & Politics*, apr. (2003), p. 209-214.

³⁴ Mencione-se, a propósito, a excelente reconstrução do nascimento do Controle Concentrado de Constitucionalidade no continente Europeu, ocorrido em Portugal em 1907, na interessante pesquisa de António Araújo, então assessor no Tribunal Constitucional Português, alegando que havia um indisfarçável elemento de malícia política de estabilização e controle do poder pela Ditadura de Franco contra a desobediência de um Juiz de primeira instância: “Em 1907 introduziu-se um sistema sui generis de controlo concentrado da constitucionalidade através do decreto de 1 de julho de 1907: Por paradoxal que pareça, foi um diploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionalidade: foi o decreto de 1 de Julho de 1907 (Diário do Governo, nº 152, de 12 de Julho), editado por causa de um juiz de primeira instância se ter negado a reconhecer força obrigatória à



complexos, respectivamente no marco representativo do caso *Marbury v. Madison*, no nascimento do controle concentrado de constitucionalidade no continente Europeu (Portugal) e no nascimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Retira-se qualquer possibilidade de os Tribunais Superiores, de Contas, Supremos e Constitucionais postularem a atuação como “fiscais monitórios” da Democracia, por não contarem com as características essenciais inerentes a “democracia monitória”, pois não representam nem uma mistura e nem uma alteração combinatória dos dois modelos históricos anteriores (assembleia e representação) seja pelo modo de escolha de seus membros, e mesmo não encontrando guarida no que tange a expressão “representantes não eleitos”, da forma como articulada por Keane³⁶.

Aliás, mesmo por meio de um “olhar destreinado”, os “fiscais monitórios” são listados, e nesta lista não estão as Cortes de Contas e nem os Tribunais Superiores, Supremos ou Constitucionais. São eles: juris de cidadãos³⁷, assembleias biorregionais, orçamento participativo, grupos de foco, conselhos consultivos, comissões de peritos, conferências de consenso, reuniões de discussão de matérias de interesse público, memoriais públicos, casas

primeira medida da ditadura de João Franco. E a medida nele prevista consistiu em permitir a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões que recusassem força legal aos decretos do poder executivo”. Cfr.: ARAÚJO, António. A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Análise Social, Quarta Série*, Vol. 30, n. 134 (1995).

³⁵ Após os terrores do Nacional Socialismo Alemão, a criação do Tribunal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgericht, ou BVerfG), mas com uma ou duas terríveis máculas que não são recordadas pelos cultores das “virtudes” dos Tribunais Constitucionais; ressalta-se a presença entre seus primeiros Juizes, na primeira formação do Tribunal, do jurista Willi Geiger, um antigo colaborador do regime Nazista, sendo o Juiz que mais tempo permaneceu ativo no “*sacrossanto recinto de la nueva justicia constitucional*”, julgando por aproximadamente 26 anos graças a uma regra especial, então em vigor, para os juizes que procediam de órgãos judiciais, e logo após a primeira renovação dos membros do Tribunal, também se ressalta o nome do Juiz Gebhard Müller também de passado nazista. Cfr.: SOSA WAGNER, Francisco. *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975: com lecciones para la España actual*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 63-64.

³⁶ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 622.

³⁷ Um caso distinto e diferenciado, embora raro e na prática atual quase inexistente, merece ser citado, qual seja, a previsão de juris especiais na Suprema Corte Americana no exercício de sua jurisdição originária, pois a Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos, proposta em 1789, admite: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*”. Conforme se observa, a Suprema Corte Americana julgou pelo menos 3 casos pelo modelo de júri em 1870, dos quais apenas 1 restou registrado, qual seja, o caso *Georgia v. Brailsford*, 3 U.S. (3 Dall.) 1 (1797). Cfr.: SHELFER, Lochlan F. *Special Juries in the Supreme Court*, *The Yale Law Journal* 123 (2013), 208.



abertas com serviços de aconselhamento e de advocacia, auditorias democráticas, conferências em que “as ideias correm soltas”, conselhos de conflitos de interesses, associações globais de parlamentares contra a corrupção, “safaris constitucionais” (exemplo da elaboração da Constituição da África do Sul, para exame da melhor prática em outros lugares), além de algumas invenções da democracia *bânia* da Índia – como os *lok adalats*, os tribunais ferroviários, litígios de interesse público e o método *satyagraha* de resistência civil³⁸.

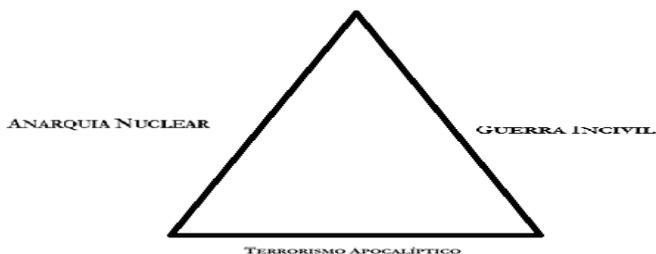
Em outras palavras, Democracia Monitória é manifestação de mecanismo de monitoramento da Democracia pelos cidadãos, e não uma fictícia delegação de fiscalização, esta já presente na delegação de poder aos parlamentares/representantes eleitos, e que representa uma das causas do desgaste da representação.

Existem alguns perigos que ameaçam esta fase democrática, dita democracia monitoria, e tais perigos são sintetizados com a criação do chamado “Triângulo da Violência”, abordado no próximo item, e partir do qual se passará a abordar a “Violência Argumentativa”.

3. Triângulo da Violência (Argumentativa).

Na obra “Vida e Morte da Democracia”, John Keane se vale da figura abaixo representada (o novo triângulo de violência), para analisar os perigos de uma era pós-guerra fria, na qual se situa a democracia monitoria.

Figura 1: Triângulo da Violência³⁹



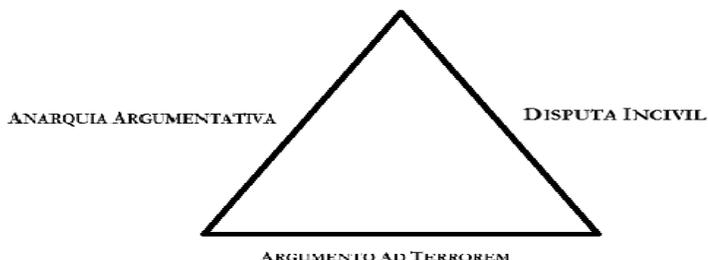
³⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 623.

³⁹ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 707.



Identificam-se no Triângulo da Violência três vértices, quais sejam, a) Anarquia Nuclear, b) Terrorismo Apocalíptico, e, c) Guerra Incivil, de que nos valemos como inspiração para referir sobre um “Triângulo da Violência Argumentativa” como o maior vilão na prática da atuação decisória das Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais, para mencionar que se compõe de: a) Anarquia Argumentativa, b) Argumento *Ad Terrorem*, e, c) Disputa Incivil, tema que será desenvolvido logo adiante.

Figura 2: Triângulo da Violência Argumentativa⁴⁰



Em John Keane, o Triângulo da Violência (*The Triangle of Violence*) nasceu da publicação de um artigo no “The New Statesman”⁴¹, em 23 de maio de 2002, posteriormente inserido em seu livro “*The Life and Death of Democracy*”, originalmente publicado em 2008. Keane recordava que pouco depois do bombardeio atômico a Hiroshima e a Nagasaki, o escritor George Orwell⁴² teria escrito que a grande era da democracia e da autodeterminação nacional teria sido a era do mosquete e do rifle, mas que a então presente era nuclear representava uma ordem diferente, mais depressiva, divagando sobre um fato curioso: se a bomba atômica

⁴⁰ A expressão, e a figura n. 2 “Triângulo da Violência Argumentativa” foram inspirados na referência contida na nota n. 39, supra.

⁴¹ KEANE, John. *The Triangle of Violence*, New Statesman, 23 de maio de 2002, disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 06.07.2014.

⁴² ORWELL, George. *You and the Atom bomb*, Tribune, 19 de outubro de 1945, disponível em: <http://orwell.ru/library/articles/ABomb/english/e_abomb>, acesso em 02.07.2014.



houvesse se transformado em algo barato e facilmente manufaturado, como um relógio despertador ou uma bicicleta, poderia ter nos conduzido à barbárie, mas também representaria, por outro lado, o fim da soberania nacional e o fim de um estado policial altamente centralizado, e que olhando o mundo como um todo, o caminho por muitas décadas não tem sido em direção a anarquia, mas em direção a uma outra imposição da escravatura.

Orwell refletiu sobre isso antes do nascimento da “democracia monitória”, mas sua antevisão de que a violência representava possivelmente a maior ameaça ao espírito e as instituições inerentes a democracia, remete ainda a uma outra lembrança obrigatória, o fato de que mesmo a democracia monitória teria produzido uma perturbadora quantidade de violência nos países, apesar do aparente fim da guerra fria, essas democracias começaram a ser cobertas pela sombra do “novo triângulo da violência”. Um dos lados deste triângulo representa a instabilidade causada por estados que dispunham de tecnologia armamentista nuclear no sistema político de um mundo pós-guerra fria, cujo exemplo mais notório foi o dos Estados Unidos, que agiam como poder vigilante respaldado pela ameaça de ataques atômicos, e que passaram a ser “forçados à coexistência”, durante a democracia monitória, com ao menos 4 blocos de poder, evidentemente todos eles nucleares: Europa, Índia, China e Rússia. O redesenho alterou uma cena, na qual antes havia uma regra pintada de que a paz entre Estados Unidos e União Soviética era impossível, mas embora a guerra nuclear entre eles não fosse impossível, ela era “improvável”. Com a mudança, a paz se tornou possível, e paradoxalmente, a guerra muito mais provável, devido a uma “abominável” anarquia nuclear⁴³.

Alega-se que em um contexto de uma era pós-guerra fria haveria o desenvolvimento de uma nova Lei de Gresham, na qual armas nucleares gerariam mais armas nucleares, e todas as democracias monitórias correriam perigo, uma vez que se observaria a presença de um sistema político mundial produtor de agrupamentos de potências nucleares tidas por “egocêntricas”, e que não teriam a mínima pretensão de se livrarem de suas armas perigosas⁴⁴. Este o primeiro dos vértices, a chamada anarquia nuclear.

⁴³ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 706.

⁴⁴ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 709.



O segundo dos vértices do triângulo da violência, estaria representado pela menção de que haveria uma outra ameaça à democracia, pelo desencadeamento de “guerras incivis” por intermédio de conflitos armados com potencialidade de esfaquear as instituições políticas e de envenenamento das instituições da sociedade civil, e não raras vezes as guerras incivis ostentariam um lado “pseudo-democrático”, citando-se os exemplos dramáticos do Sudão, Ruanda, Serra Leoa, Cachemira e da República Democrática do Congo, em que “a violência não era mais um meio para um fim, mas um horrível fim e si próprio”⁴⁵.

Vale recordar que Keane menciona que os protagonistas das “guerras incivis” vivem segundo regramentos próprios e elementares de condutas, praticando assassinatos contra civis inocentes, eles amputam as mãos e as genitais do “inimigo”, cortam suas línguas, e até enchem suas bocas com pedras, forçando as vítimas a engoli-las, destruindo cemitérios, executando estupro contra mulheres, praticando o envenenamento ou a queimada de alimentos e da terra, derramando no solo o sangue das vítimas, garantindo que não houvessem espectadores inocentes, tratando cruelmente aqueles que viessem a pedir calma, garantindo que os violados e os violentos fossem profanados, com batismos de sangue, “tornados cúmplices de crimes malignos”⁴⁶.

O exemplo terrível de quem procura fazer os democratas se perguntarem acerca de qual motivo na terra faria um sacerdote em Ruanda incendiar a própria igreja na qual cidadãos aterrorizados procuravam abrigo no santuário divino?⁴⁷

Por fim, o terceiro vértice do triângulo da violência consiste na menção a um terrorismo apocalíptico, um “novo tipo de terrorismo apocalíptico que operou em escala global”. Embora o fenômeno repulsivo do terrorismo seja muito mais antigo, em que se pode lembrar o termo francês “*terrorisme*”, no período revolucionário que durou entre março de 1793 a julho de

⁴⁵ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 709-710.

⁴⁶ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 710.

⁴⁷ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 711.



1794. A forma clássica de terrorismo envolvia o uso da violência para propagar o medo nos outros com vistas a alcançar determinados objetivos políticos⁴⁸.

Ou seja, nossa utilização parte da inspiração imagética de que o “Triângulo da Violência” (1) Anarquia Nuclear, (2) Guerra Incivil e (3) Terrorismo Apocalíptico, enquanto ameaças à “Democracia Monitória” referida por Keane serve de referência para a construção das bases de um “Triângulo da Violência Argumentativa” eventualmente praticado por Tribunais Supremos, Superiores ou Constitucionais, e que ameaçam também a existência da “Democracia Monitória”, em graus, sedes e escalas diferentes.

Vale dizer, nosso “Triângulo da Violência Argumentativa” forma-se por (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*, e em sua engenharia inicial, que como figura de linguagem, significa uma decisão judicial proferida por um Tribunal Superior, Supremo ou Constitucional em que a confusão dos argumentos decorre da soma de três elementos: a) modelo deliberativo de tomada de decisão (*decision-making*), b) os próprios argumentos utilizados, c) bem como sobre a maneira como eles são utilizados.

Sempre haverá, em alguma medida, a presença dos elementos constituintes do triângulo da violência argumentativa, e propomos como meta a redução ao máximo possível da incidência de cada um dos elementos, tornando a decisão e a disputa argumentativa menos anárquica, que as disputas entre os prolores da decisão e dos procuradores e partes não sejam “incivis” e que o terrorismo argumentativo seja praticamente anulado. Ao menos é uma reflexão necessária.

Toma-se preponderantemente, mas não exclusivamente, por (1) Anarquia Argumentativa uma determinada decisão colegiada de uma Corte Superior, Suprema ou Constitucional, que torne insubsistente um ato normativo emanado de um representante

⁴⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 711-712.



eleito, e que esta decisão seja ela mesma a mais confusa possível, não sendo possível identificar com segurança qual teria sido ou representado a efetiva “opinião da Corte”⁴⁹.

Outrossim, observa-se como (2) Disputa Incivil a utilização de mecanismos de disputa argumentativa conhecidas e debatidas nos Estados Unidos desde a década de 1990 como “*Rambo Tactics*”, em que a disputa argumentativa pretenda se dar pela força da violência, intimidação e expressionismo, pela força daquele que bate na mesa com ares de dureza como expressão máxima da força de sua argumentação, pois como na antiga observação, quem possui os fatos ao seu lado, argui os fatos, e aqueles que possuem o Direito ao seu lado, arguem o Direito, a aqueles que não possuem nem uma coisa nem outra, batem na mesa com força e gritam alto⁵⁰.

Observa-se como (3) Argumento *Ad Terrorem* as alegações que estejam presas a um quadro de argumentação não faticamente empírico, buscando projetar as sombras do medo nas paredes da argumentação.

Muitas vezes as argumentações podem estar aliadas num tenebroso caso em que haverá dispersão anárquica de argumentos (1), violência intimidativa de quem bate na mesa como expressão máxima da racionalidade de sua argumentação (2) com sussurros de que se determinado ponto de vista não for acolhido será o fim do mundo, ainda que não se mencione a frase da canção “*its the end of the world (as we know it)*” (3)⁵¹.

Neste sentido, importante abordar inicialmente modelos deliberatórios, em busca da pergunta ou de adensamento da seguinte indagação reflexiva: existiria um modelo deliberativo

⁴⁹ Veja-se a densa abordagem de José Rodrigo Rodriguez na alegação de que em nossos tribunais, predominam opiniões pessoais e a confusão e dificuldade de compressão das decisões. Cfr.: RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 81.

⁵⁰ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 88-89.

⁵¹ Obviamente a referência é sobre famosa canção do grupo R.E.M, “It’s the end of the world”, que percorre a prosa sobre o fim do mundo, mas o fim do mundo como nós o conhecemos. A ironia e o sarcasmo presentes na letra servem para os pregadores do apocalipse constitucional, que deveriam estar pregando em igrejas, templos, ruas e bares, e não em Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais. Diz-se: “*A tournament, a tournament, a tournament of lies! / Offer me solutions, and offer me alternatives / and I decline!*”. Em tradução livre: “Um torneio, um torneio, um torneio de mentiras! / Oferecem-se soluções e alternativas / e eu declino”. A escatologia constitucional só se realizará, plenamente, pela prática da violência argumentativa, que erode o Estado Democrático de Direito, esta a ironia da questão!



mais adequado que outro, quando falamos em opiniões dispersivas e opinião da corte, em que poderíamos tomar por exemplo, respectivamente, a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal na disputa entre *Seriatim* e *Per Curiam*?

Modelos de Deliberação: *Per Curiam* vs. *Seriatim*

Um importante estudo crítico sobre o modelo deliberatório das Cortes pode ser visto no recente livro de José Rodrigo Rodriguez (Como decidem as Cortes⁵²), que como estudo sério que é, a maior expressão de respeito é a constatação de que merece ser lido de maneira crítica, e suas constatações devem ser levadas a sério, embora sua manifestação no capítulo 2 mereça uma crítica aqui, embora mais sucinta do que seria necessário em razão da profundidade e seriedade da pesquisa⁵³.

O referido autor alega, com razão, a grande complexidade para a compreensão das decisões do Supremo Tribunal Federal em face de não existir uma efetiva “decisão da Corte”, sugerindo a adoção de um tal modelo, embora sem mencionar o caso dos Estados Unidos, e sem fazer um aprofundamento da questão sobre as decisões com uma “opinião da corte”. Mais do que um diagnóstico, que pretendia ser feito pelo autor, houve efetiva tomada de posição, mas perdeu uma boa oportunidade de adensar a discussão sobre as vantagens e desvantagens sobre uma “opinião da Corte”, exatamente o ponto que discutia.

A alegação de José Rodrigo Rodriguez, de fato, tem uma ressonância mais que retórica, tisonando questões metodológicas constitucionais importantes, que afetam também partes sensíveis: “mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11

⁵² Destaco a importância, para este *paper*, do SJA – Seminário Jurídico Avançado, ministrado no UniCEUB entre 28 e 31 de julho de 2014 pelo professor Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota, cujo tema foi “Um país sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, cujos textos centrais para o debate foram o livro do prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez (Como decidem as Cortes?), bem como um texto crítico do prof. Dr. Luiz Edson Fachin sobre a ausência de jurisprudência no Brasil e um outro texto crítico do Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon (Quadro mental Paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos). Importante ainda a disciplina “O Precedente e o Direito Jurisprudencial”, ministrada pelo Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes no 1º semestre de 2014, tendo como Pesquisador Associado o Prof. Msc. Rodrigo Martins Ribeiro, no âmbito do PPG em Direito do UniCEUB. A todos os colegas e ao professor, muito obrigado pela reflexão e pela troca de ideias.

⁵³ RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 59-112.



juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião”⁵⁴.

Entretanto, duas questões parecem ter escapado à análise empreendida, a primeira, referente a já mencionada necessidade de incursão sobre a dualidade *seriatim* (opiniões separadas) e *per curiam* (opiniões da corte), e a segunda, a necessidade de abordagem filosófica da *ratio decidendi*, e uma grande reflexão teria estágio necessário em Pierluigi Chiassoni, que observa não menos do que 11 tipos diferentes de *ratio decidendi*, em sua abordagem sobre a filosofia do precedente⁵⁵.

A questão da racionalidade do julgamento, da *ratio decidendi*, é incontornável. Parece adequado expressar que não é suficiente afirmar que “*ratio decidendi*” são as razões de decidir, e que “*obiter dictum*” são afirmações laterais desimportantes para o efetivo regramento da solução final da causa. E isto porque muitas vezes, principalmente em um Colegiado, podem haver multiplicidade de razões de decidir, tornando importante adotar a melhor técnica de estipulação da *ratio*. Existem três técnicas bastante conhecidas para localização metodológica da “*ratio decidendi*”: a teoria de Wambaugh, a teoria de Olimphant e a teoria de Goodart⁵⁶.

O primeiro teórico (Wambaugh) menciona que a determinação da “*ratio decidendi*” ocorre pela inversão do sentido da proposição constante do respectivo julgado, vale dizer, se esta inversão implicar modificação do resultado da decisão, ela pode ser considerada efetivamente como razão de decidir, e em caso contrário, *obiter dictum*⁵⁷.

Por sua vez, a teoria de Oliphant expressa a ideia de que a decisão de um caso seria o resultado de um determinado estímulo advindo dos fatos que desaguaram em um Tribunal,

⁵⁴ RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 82.

⁵⁵ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁵⁶ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

⁵⁷ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178



afastando a ideia de que o precedente judicial poderia ser considerado uma norma de tipo geral e abstrato⁵⁸.

De resto, a teoria de Goodhart propõe que a “*ratio decidendi*” seja extraída dos fatos ditos fundamentais (*material facts*) considerados pelo Juiz ou Tribunal e da conclusão daí advinda quando da análise dos fatos, com a premissa principal de que casos iguais devem ser tratados de forma igualitária (*principle that like cases be treated alike*)⁵⁹.

No entanto, aparentemente estamos diante de uma triste verdade, qual seja, a de que após séculos de investigações os juristas e os teóricos do direito ainda parecem estar à procura da maneira mais adequada de conceituar a “*ratio decidendi*”, e poderíamos mesmo referir que ela tem sido caracterizada de 11 maneiras distintas⁶⁰:

(RD1) o elemento na opinião que representa a premissa necessária, ou o passo lógico necessário, para a decisão de um caso;⁶¹

(RD2) o princípio jurídico que, na decisão judicial, é suficiente para decidir o caso sob análise;⁶²

(RD3) a argumentação necessária ou suficiente para decidir um caso sob análise;⁶³

⁵⁸ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179

⁵⁹ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179

⁶⁰ Pierluigi Chiassoni, “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”. Editado por Thomas Bustamante e Carlos Bernal Pulido. “On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido, (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012).

⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶² CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶³ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



(RD4) a norma (regra, princípio) que representa, alternativamente: (a) a condição necessária e suficiente, (b) a condição suficiente, mas não necessária, ou mesmo, (c) qualquer condição necessária, mas não suficiente, da decisão do caso sob análise;⁶⁴

(RD5) a norma para os fatos da causa que, como análise textual do precedente-judicial, o juiz que decidiu o caso efetivamente estabeleceu e/ou seguiu, atrás do que ela deve ter decidido ou deveria ter decidido;⁶⁵

(RD6) a norma para os fatos do caso que o juiz que os pronunciou expressamente declarou estabelecer ou seguir, ou tacitamente acreditou ter estabelecido ou seguido;⁶⁶

(RD7) a norma para os fatos de um caso que o juiz expressamente ou tacitamente tratou como necessários para decidir um caso;⁶⁷

(RD8) a norma dos fatos relevantes de um caso que - de acordo com o direito existente, fatos e precedentes - o juiz que decidiu o caso deveria ter estabelecido e/ou seguido, em ordem a decidir apropriadamente o caso;⁶⁸

(RD9) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (JS), o juiz prévio (JP), que decidiu o caso, acreditou ter estabelecido ou seguido;⁶⁹

⁶⁴ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁵ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁶ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁷ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁸ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



(RD10) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (JS), o juiz prévio (JP), que decidiu a causa, efetivamente estabeleceu e/ou seguiu, não importando o que ela tenha pretendido significar;⁷⁰

(RD11) a norma para os fatos relevantes de um caso que os juízes subsequentes (JSs) deveriam ter considerado como tendo sido estabelecidas e/ou seguidas pelo juiz prévio (JP) no precedente relevante de julgamento;⁷¹

Por um lado, as razões de decidir são caracterizadas algumas vezes como “razões, premissas, passos logicamente necessários, argumentações suficientes ou necessárias de um precedente (como nos casos RD1 e RD3)”, que são a “concepção argumentativa da *ratio decidendi*” (*argumentative conception of the ratio decidendi*).⁷²

De outro, as razões de decidir também podem ser caracterizadas como “normas, regras, princípios e regramentos (caso RD2, RD4, etc). “Esta é a concepção normativa da razão de decidir (*normative conception of the ratio decidendi*)”.⁷³

Algumas vezes, a noção de “razões de decidir” é definida de uma maneira que leva em conta a “presunção” da intenção do juiz que pronunciou o precedente (casos RD6, RD7 e RD9), que pode ser chamada de “intencionalista ou subjetiva”, na qual a “*ratio*” é a razão

⁶⁹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷⁰ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷¹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷² CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷³ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



intencionada. Outras vezes, a noção de razões de decidir é definida de tal maneira a incluir a referência a sua posição sistêmica (casos RD8 e RD11)⁷⁴.

Decidir efetivamente o que deve ser considerado como “*ratio decidendi*” parece ser um dos problemas centrais desta reflexão, ao lado da abordagem necessária sobre o modelo adequado de “*decision-making*”, ou seja, se melhor seria adotar o modelo “*seriatin*” em que cada Julgador emite uma “opinião” ou se melhor seria adotar o modelo de decisões “*per curiam*” que apresentem uma efetiva e única “opinião da corte”.

Ao fim e ao cabo de nossa realidade brasileira, não podemos falar que existe jurisprudência no Brasil, na esteira do entendimento de Luiz Edson Fachin, pois segundo este pensador, não existe efetivamente jurisprudência no Brasil, pois jurisprudência é método, e deve ser correspondente a um resultado de compreensão dos sentidos acerca de determinado campo jurídico, propostos pela doutrina, bem como explicitados em julgamentos por meio de entendimentos consolidados que se projetam na cultura jurídica do país a partir de sua expressão pelos tribunais. No caso brasileiro, percebe-se uma dupla falta, vale dizer, uma falta de solidez hermenêutica que não traz previsibilidade e nem estabilidade em termos de precedentes, que “são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência”, e falta ainda uma profunda e sistemática ação doutrinária de comentários críticos e efetivos sobre as decisões judiciais⁷⁵.

Podemos ter aqui, conforme expresso por Marco Aurélio Marraffon, em verdade, a esparsa expansão de um quadro mental paranoico que vem imperando na solução de casos jurídicos, numa situação na qual há um forte “apego à primeira impressão e na construção, a partir dela, de premissas fundantes que condicionam toda a cadeia de produção de sentido no desenvolvimento do processo”, com a efetiva valorização apenas daquilo que confirma a

⁷⁴ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. Entrevista. Texto temático sobre “Um País sem jurisprudência”, enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, ocorrido no âmbito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, em Brasília, ocorrido de 28 à 31 de julho de 2014.



primeira hipótese inicial, com o encobrimento da realidade e com o enérgico desprezo do conjunto probatório que se produz nos autos⁷⁶, a partir do qual o julgador irá “dar um jeito” para inserir sua impressão inicial em uma decisão.

Isso poderia explicar a enorme quantidade de distintos elencos de “*rationis decidendis*”, ao menos 11 como sistematizado por Pierluigi Chiassoni, acima referenciado, ou ainda, naquilo que foi denominado por Jefferson Carús Guedes como “precedentes nativos”, uma vez que os diversos modelos nativos de aproveitamento dos “precedentes”, criam uma espécie de mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho multifacetado amplia a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que “produz e transmite na aplicação do direito”⁷⁷.

Outro aspecto da discussão de José Rodrigo Rodriguez é que ele não discute a questão referente a uma potencial possibilidade das limitações da racionalidade, a título de exemplo, conforme trabalhado por Jon Elster⁷⁸, além de ficar bastante patente a notória influência do autor pelas ideias de Franz Neumann, mais especificamente sobre a abordagem que faz em sua tese de doutoramento sobre Neumann em 2006, na parte sobre o “projeto de juridificação”⁷⁹, que tem a mente e os olhos em Weimar, e transporta de maneira naturalizada tais questões para o debate sobre as discussões acerca do formalismo e da “mitificação” da separação dos poderes contemporâneos, que no contexto proposto pelo autor não prescindiria diálogo com as reflexões sobre a “Supremocracia” (ou o STF como novo Poder Moderador) empreendidas por Oscar Vilhena Vieira⁸⁰, sobre “juristocracia” levado a efeito por Ran Hirschl⁸¹, sobre a

⁷⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Poder: Quadro Mental Paranóico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Conjur de 14 de julho de 2014.

⁷⁷ CARÚS GUEDES, Jefferson. Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

⁷⁸ ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las Limitaciones de racionalidade como principio de decisión, Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

⁷⁹ RODRIGO RODRIGUEZ, José. O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. Dissertação de Doutorado, Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2006, p. 123-156.

⁸⁰ VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010; VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, n. 8, (2008).



reflexão empreendida por Cezar Saldanha Souza Júnior⁸² acerca de uma nova “teoria da divisão dos poderes”, sobre a “Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional”, de José Adércio Leite Sampaio⁸³, e sobre a crítica da “instrumentalidade” empreendida por Calmon de Passos⁸⁴.

Em Calmon de Passos, colhemos a reflexão de que para os fins propostos pelo autor, e impreterivelmente no caso de pensar criticamente o papel da jurisdição constitucional, a “teoria da cela” guarda incontornável importância: “A ineliminável imbricação entre economia, direito, política e ideologia nos leva a concluir: se a economia é inviável sem a política e se ambas são ineficazes sem o direito e sem a ideologia, aqui estão as quatro paredes de nossa cela, um misto de espaço para monges ou para delinquentes”⁸⁵.

Que saibamos, ainda não se perguntou sobre a existência de monges e/ou delinquentes no (e a partir do) Supremo Tribunal Federal no caso da produção e contenção da normatividade, e o “processo de produção do direito”, deve observar a necessidade de disciplina em todos os seus aspectos, agentes, organização e procedimentos “sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”, uma vez que “antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto”⁸⁶.

Não parece tão nítido um quadro de abordagem da separação dos poderes que a observe como mitificada⁸⁷, antes, parece estar correto o pensamento que enxerga importação sem maiores análises e critérios de institutos do Tribunal Constitucional Alemão, causando uma

⁸¹ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, (2004).

⁸² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

⁸³ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁸⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. in; CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaio e Artigos*, V. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33; CALMON DE PASSOS, J. J. *Revista de Processo*, nº 102, São Paulo: RT, 2011.

⁸⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 44.

⁸⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, in; CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaio e Artigos*, V. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33.

⁸⁷ RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*, (Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013), p. 135.



confusão generalizada, com a armação de um “palco para uso ideológico dos instrumentos jurídicos” em prejuízo da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica⁸⁸, embora esta alegação não leve em conta o fato de que a razoabilidade, assim como a “dignidade humana” ou a proporcionalidade, podem se tornar uma “gazia apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”⁸⁹, sendo critério utilizado para afastar justamente a legalidade.

Podemos então observar que “se pode soar exagero na afirmação de que o juiz constitucional reinventou a Constituição, ninguém ousará discordar que ele tem sido o co-autor constituinte”⁹⁰, num quadro ainda mais complexo quando observarmos que o Supremo Tribunal Federal pode ter se tornado, de fato, um novo Poder Moderador⁹¹, tornando redivivo um quadro que remontaria a uma espécie de “Supremo Tribunal Imperial Federal (STIF)” em pleno ano de 2014, sem deixar de notar que esta construção pode ser mais do que uma metáfora⁹², e mais do que uma construção jurídica, tornando-se antes, uma realidade.

Feitas estas considerações, parece importante uma análise que observe de maneira mais densa os dois modelos deliberatórios mencionados no início do item, quais sejam, o de uma opinião da corte, e de uma opinião dividida, considerado o objeto deste artigo que busca

⁸⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 140.

⁸⁹ A frase é do Ministro Eros Grau, que não representa uma opinião da Corte, expressa no âmbito dos autos de HC 95.009, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 06.11.2008.

⁹⁰ LEITE SAMPAIO, José Adércio. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 887.

⁹¹ VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010; VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, n. 8, (2008).

⁹² Na reflexão de que “Se o professor de Direito é ativo e ambicioso, ele tenderá a construir uma historicidade monumental; se ele procurar preservar e reverenciar, ele tenderá a construir uma historicidade antiquada; se ele sofrer e procurar liberação, ele tenderá a construir uma historicidade crítica. Uma hermenêutica crítica da metáfora examina a história da doutrina jurídica, sem instrumentalizá-la para servir ao debate contemporâneo, e não as venera para um futuro glorioso”. Tradução livre do original: “If the legal scholar is active and ambitious, he will tend to construct a monumental historicity; if he seeks to preserve and revere, he will tend to construct an antiquated historicity; if he suffers and seeks liberation, he will tend to construct a critical historicity. A critical hermeneutic of metaphor examines the historicity of legal doctrines, without instrumentalizing them to serve a contemporary debate or venerating them for a glorious future.”. Cfr.: VESPAZIANI, Alberto. Towards a Hermeneutical Approach to Legal Metaphor, in: BUSTAMANTE, Thomas; ONAZI, Oche. Human Rights, Language and Law. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. II, Edited by Thomas Bustamante and Oche Onazi, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012, p. 92.



abordar a violência argumentativa, de maneira geral, e aqui neste ponto em particular, a questão da “anarquia argumentativa”, tendo sempre em vista a força e o protagonismo que um Tribunal pode exercer em uma democracia (monitória).

É papel dos tribunais, verdadeiro dever, interpretar, construir e ainda que seja o caso, realizar a distinção de casos, num determinado contexto em que a atividade dos tribunais pode ser compreendida como “o paradoxo da transformação da coerção em liberdade”, vale dizer “quem se vê coagido à decisão, e adicionalmente à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito”⁹³.

Falamos principalmente, mas não exclusivamente, de Cortes Constitucionais, da maneira como Louis Favoreu refere no seu famoso “retrato-modelo da Corte Constitucional” com características predominantes do sistema Europeu (contexto institucional e jurídico particular, existência de um ordenamento constitucional, monopólio do contencioso constitucional, indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas, afirmação do direito com autoridade de coisa julgada extensível erga omnes e ser uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional)⁹⁴ e de Tribunais Superiores e Supremos da maneira como abordado por Daniel Mitidiero, respectivamente, no primeiro caso, aquele que exerce o controle da legalidade dos casos a ele submetidos, sendo um modelo de corte de vértice inserida na organização judiciária, pressupondo “a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto”, exercendo função nomofilática, consistente na defesa da legislação diante das decisões judiciais (Corte Superior)⁹⁵, e no segundo caso, em essência, embora possa eventualmente se aproximar de Corte Constitucional, temos que “a Corte Suprema é uma Corte de interpretação do Direito, e não uma corte de controle das

⁹³ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Revista da AJURIS nº 49, jul./1990, p. 164.

⁹⁴ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 27-33.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 33-52.



decisões judiciais”, cuja característica recursal preponderante seria o “*jus constitutionis*”, para a preservação da unidade do Direito (Corte Suprema)⁹⁶.

É dentro deste contexto que são adotadas decisões judiciais, cujo modelo deliberatório de “*decision-making*” é muito necessário abordar, e em cujas razões de decidir levam a construção de argumentos que podem causar dificuldade de compreensão: Anarquia Argumentativa.

Tome-se como exemplo a distinção existente entre modelos deliberativos “*per curiam*” no qual há a estruturação que prevê uma opinião da Corte, e é adotado desde 1801 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América por influência de John Marshall, e o modelo “*seriatim*”, que é o modelo adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em que cada Julgador emite uma opinião, e que até 1801 era utilizado pela Suprema Corte Americana.

Menciona-se que durante os anos iniciais de seu nascimento, mais precisamente durante os 11 primeiros anos de sua existência, de 1789-1800, a Suprema Corte Americana teria sido uma Corte inefetiva e desajeitada, mas que sua história mudou radicalmente quando John Marshall se tornou o *Chief Justice* em 1801⁹⁷.

Ao assumir a presidência da Corte, Marshall estava preocupado com o valor ambíguo de precedente das decisões seriadas (*seriatim decisions*), e então estabeleceu a prática de o *Chief Justice* anunciar uma única opinião que representaria a “a opinião não dividida da Corte”, baseando esta medida política em ideologia e eficiência⁹⁸.

Em certame promovido no ano de 1952 pela American Bar Association, no concurso de ensaio anual “Ross Prize”, colocou-se como tema “As funções das Opiniões Concorrentes e de Dissenso na Corte da Última Palavra”, e o ensaio vencedor foi a profunda pesquisa de Dean

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 53-78.

⁹⁷ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000).

⁹⁸ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 267-268.



Moorhead, na qual afirma-se que Marshall acreditava que uma voz unificada aumentaria o poder e a dignidade da Suprema Corte⁹⁹.

Marshall pretendia estimular a confiança pública sobre as decisões da Suprema Corte, para que o Tribunal pudesse aplicar postulados federalistas e nacionalistas, buscando eliminar o medo de advogados e tribunais inferiores de que a Corte Suprema pudesse revisar casos já decididos, afastando-os por julgamentos subsequentes¹⁰⁰.

Vale recordar, no entanto, que as ações de Marshall no sentido de implementar uma única opinião da Corte não passaram livres de críticas, pois muitas figuras respeitadas no meio jurídico e político, incluído o então Presidente Thomas Jefferson, condenaram como fascista e autoritária a consolidação da opinião da Corte¹⁰¹.

Conforme observou Lêda Boechat Rodrigues, ao quebrar a prática até então adotada segundo a qual cada Juiz justificaria seu próprio voto, John Marshall arrogou para si a tarefa de redigir, ele mesmo, a maior parte dos acórdãos importantes, tendo escrito todos os acórdãos durante os cinco primeiros anos, salvo quando impedido, e nos sete anos posteriores, redigiu 130 acórdãos, deixando apenas 30 para os demais pares, tendo como característica raramente citar autores e precedentes, e permaneceria na Corte Suprema até o seu falecimento em 1835, não conseguindo cumprir seu plano de, quando aposentado, ler somente literatura e poesia¹⁰².

A propósito, curioso o argumento de Thomas Jefferson de que a prática de Marshall seria um “perigoso engenho de consolidação”¹⁰³, e ainda, tornaria os juízes preguiçosos e incompetentes, uma vez que ninguém saberia qual opinião seria de qual membro individual no

⁹⁹ MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952), p. 821.

¹⁰⁰ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 267-268.

¹⁰¹ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 267-268.

¹⁰² BOECHAT RODRIGUES, Lêda. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 27.

¹⁰³ MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952), p. 821.



caso, e nem se aquele que “compilou a opinião da corte” teria concorrido ou concordado com ela¹⁰⁴.

Em todo caso, uma advertência deve ser frisada, no sentido de que a opinião da corte não representaria necessariamente ausência de confusão:

“Opiniões consolidadas da Corte não existiriam sem a inovação do Presidente da Suprema Corte John Marshall. Eliminando a prática ‘*seriatim*’, Marshall lançou as bases para as misturas de opiniões hermeneuticamente confusas, concorrências e dissensos. Poucas pessoas hoje questionam a Lei de Marshall sobre as opiniões consolidadas. Ironicamente, a despeito da insistência de o Chief Justice Marshall em abolir decisões ‘*seriatim*’ fraturadas, mantendo precedentes íntegros, decisões divididas são agora mais comuns e mais confusas”¹⁰⁵

De fato, o modelo deliberatório não representa por si só anarquia argumentativa, pois uma decisão pode representar a “opinião da corte”, “*per curiam*”, e seu corpo trazer argumentos confusos e desconexos, e uma decisão “*seriatim*” pode trazer um voto condutor coerente com o qual os demais julgadores se limitem a dizer a quase monossilábica frase: “com o relator”.

No entanto, o modelo em que cada Juiz profere uma decisão/voto separado tende a permitir uma maior dificuldade na apreensão acerca do que, ou qual, efetivamente teria sido a decisão representativa da Corte.

O grande problema parece ser a “pluralidade de decisões” dentro de uma decisão, e em mais de um sentido. Cite-se o caso em que formam-se vários grupos de decisões divergentes concorrentes, no caso da Suprema Corte Americana em que três juízes votam em um sentido,

¹⁰⁴ STEWART, David O. A Chorus of Voices, American Bar Association Journal, vol. 77, nº 50, (1991).

¹⁰⁵ Tradução nossa do original: “Consolidated opinions of the Court would not exist without Chief Justice Marshall’s innovations.⁴⁹ By eliminating the *seriatim* practice,⁵⁰ Chief Justice Marshall laid the groundwork for the hermeneutically confusing mixtures of joint opinions, concurrences, and dissents.⁵¹ Few people today question the “Marshall law” of consolidated opinions.⁵² Ironically, despite Chief Justice Marshall’s insistence on abolishing fractured, *seriatim* decisions and maintaining straightforward precedents, divided decisions now are more common and more confusing”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 271.



três em outro e mais três em outro, sendo de se destacar que as decisões passaram a ser divididas em tópicos.

Adam Hochschild, discorrendo sobre tentativas de solução do impasse criado com pluralidades decisórias, recorda que no *common law*, ao longo do século XIX, decisões seriadas ou fragmentadas (*seriatim*) eram válidas apenas enquanto julgamento, mas não como racionalidade dele, ou seja, as cortes não olhavam para decisões plurais em busca de mais de uma “*ratio decidendi*”, vale dizer, para várias “*ratios decidendis*”, e esta hipótese forneceria peso de precedente apenas em casos subsequentes que apresentassem fatos substancialmente similares, pois racionalidades autorizativas aplicáveis a casos subsequentes requerem apoio eminentemente majoritário¹⁰⁶, na realidade judicante americana.

Um caso emblemático julgado pela Suprema Corte Americana em 1977 é tido como a marca que supostamente estabeleceria o critério a ser adotado em caso de pluralidade de racionalidades. Cuida-se do caso “*Marks v. United States*”¹⁰⁷, conhecido também como “*Marks test*” ou como “*narrowest grounds test*”¹⁰⁸, no qual ficou decidido, expressamente, que:

“Quando uma corte fragmentada decide um caso, e nenhuma única racionalidade explique o resultado de acordo com o assento de cinco Ministros, a regra de decisão do Tribunal pode ser vista como aquela posição adotada por aqueles membros que concordaram no julgamento sobre os fundamentos mais restritos”¹⁰⁹

Entretanto, este teste da racionalidade “*Marks test*” ou “*narrowest grounds test*” foi abandonado e retomado algumas vezes pela Suprema Corte Americana, em razão de ser mais

¹⁰⁶ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 278.

¹⁰⁷ *Marks v. United States*, 430 U.S. 188, 193 (1977).

¹⁰⁸ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 285.

¹⁰⁹ Tradução nossa do original: “[w]hen a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, ‘the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds’”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 279.



fácil falar sobre ele do que aplicá-lo, na prática, ou mesmo, em razão de permanecer um desafio a questão da existência da pluralidade de racionalidades¹¹⁰.

Modelos de Deliberação: Segredo, Mistério vs. Suposta Abertura

É preciso fazer aqui, neste ponto, uma diferenciação entre a pluralidade de racionalidades na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, pois além das peculiaridades do modelo deliberativo (*per curiam v. seriatim*), existente ainda a questão sobre a publicidade pela qual se dão, ou ocorrem, tais deliberações.

No modelo Americano o público em geral, e mesmo os advogados das causas em particular, não assistem as deliberações decisórias, pois há certo ar de segredo e mistério nas deliberações da Suprema Corte Americana. Mencione-se que em 1979 quando Bob Woodward e Scott Armstrong publicaram o livro *“The Brethren: Inside the Supreme Court”*¹¹¹, revelando bastidores do Tribunal a partir de declarações feitas por funcionários e estagiários, foi considerado um escândalo, causando a fúria dos Ministros, e o fato ocorreu novamente em 2004¹¹² com a revelação dos bastidores da decisão do Caso Bush v. Gore quando David Margolick escreveu *“Vanity Fair”*¹¹³.

Nada parecido jamais ocorreu no Brasil, e os comentadores mais autorizados da Suprema Corte Brasileira continuam sendo Lêda Boechat Rodrigues, com seus 4 tomos¹¹⁴ sobre

¹¹⁰ A propósito, veja-se com minúcia a descrição dos casos subsequentes em que a Suprema Corte Americana adotou o referido teste, bem como quando decidiu abandoná-lo ou quando aplicou inconscientemente em: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 278-286.

¹¹¹ WOODWARD, Bob; et al. *The Brethren: Inside the Supreme Court*. New York: Simon and Schuster, 1979.

¹¹² MARKHAM, James. Against Individually Signed Judicial Opinions”, *Duke Law Journal*, vol. 56, (2006), p. 923.

¹¹³ MARGOLICK, David; et al, “Vanity Fair: The Path to Florida”, *Truthout*, December 16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, Disponível em: <<http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>>, acesso em: 07.07.2014.

¹¹⁴ A conhecida biógrafa do Supremo Tribunal Federal, Lêda Boechat Rodrigues, dividiu os 4 tomos em épocas distintas e em quase todos atribuiu referência temática, à exceção do último, sendo que o tomo I aborda os anos 1891-1898 (Defesa das Liberdades Civis), o tomo II os anos 1899-1910 (Defesa do Federalismo), o tomo III os anos 1910-1926 (Doutrina Brasileira do Habeas Corpus), e o tomo IV, v. I os anos 1930-1963, sendo este último lançado em 2001, onze anos após o tomo III, trabalho interrompido com o falecimento da historiadora. Cfr.: BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Civis, Tomo I (1891-1898)*, 2ª ed.



a história do STF, Aliomar Baleeiro que chamou a Corte de este outro desconhecido¹¹⁵, e Hugo Mósca¹¹⁶, falando de suas memórias do Supremo “de Ontem e de Hoje”, todos os três visceralmente ligados a Suprema Corte, um ex-ministro, uma ex-taquígrafa e um ex-secretário-geral, embora certa polêmica tenha frequentado o imaginário forense com as duas publicações da Revista Piauí em agosto¹¹⁷ e setembro¹¹⁸ de 2010, com as reportagens de Luiz Maklouf Carvalho, que culminou com alguns ministros chamando as reportagens de fraude¹¹⁹.

Não se pode olvidar, por suposto, como importante fonte de pesquisa sobre o STF a densa pesquisa de Arnaldo Godoy que vislumbrou no STF um ponto cardeal de disputa pelo poder, fazendo um importante inventário historiográfico¹²⁰ do período compreendido entre 1935-1965, devendo ser mencionada ainda a coleção institucional de biografias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal denominada “Memória Jurisprudencial”, pela qual já foram publicadas biografias jurisprudenciais dos Ministros Ribeiro da Costa¹²¹, Nelson Hungria¹²², Aliomar Baleeiro¹²³, Carlos Maximiliano¹²⁴, Castro Nunes¹²⁵, Epitacio Pessoa¹²⁶, Evandro Lins¹²⁷, Hahnemann Guimarães¹²⁸, Orozimbo Nonato¹²⁹, Pedro Lessa¹³⁰ e Victor Nunes¹³¹.

Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

¹¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal, Esse Outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

¹¹⁶ MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje. 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.

¹¹⁷ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. Data Venia, o Supremo, Revista Piauí, Edição 47, Agosto de 2010.

¹¹⁸ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. O Supremo, quousque tandem?, Revista Piauí, Edição 48, Setembro de 2010.

¹¹⁹ CHAER, Márcio. Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem, Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>>, acesso em 07.07.2014.

¹²⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965) - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹²¹ Sobre o Ministro Ribeiro da Costa, cfr.: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

¹²² Sobre o Ministro Nelson Hungria, cfr.: FUCK, Luciano Felício. Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

¹²³ Sobre o Ministro Aliomar Baleeiro, cfr.: JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

¹²⁴ Sobre o Ministro Carlos Maximiliano, cfr.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.



Dentre estes 11 biografados de forma institucional, 2 Ministros cassados/aposentados compulsoriamente (Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva), mas o universo de “violência mais do que argumentativa” contra a Corte envolve um total de 15 Ministros afastados, e que reclamam, todos eles, por uma “Memória Jurisprudencial”, até mesmo para que se possa compreender adequadamente os “perigos argumentativos da Corte”.

Observe-se que durante o Império, quando nossa mais alta Corte era chamada de Supremo Tribunal de Justiça, foram afastados de suas funções, por Decreto de 30 de dezembro de 1863, 4 (quatro) de seus Juízes, porque teriam decidido contrariamente aos interesses da amante do Imperador¹³² – a Condessa de Barral – em um inventário judicial¹³³. Pedro Calmon, sobre o episódio de 1864 e as aposentadorias de 4 Juízes por Pedro II, narra:

“[sobre Pedro II] Gabava-se de nunca ter demitido um funcionário por suas ideias, de nunca ter sobreposto ao merecimento de um professor as convicções filosóficas, de jamais ter suportado a corrupção, premiado o desleixo dum magistrado, de deveres tão rigorosos, na sociedade, como o soberano, que lhos vigiava. Porque aposentou, com violência, acima da lei, ministros do Supremo Tribunal de Justiça, num escândalo administrativo que enervou o país?

Por intima convicção: o conde de Barral, esposo da preceptora de suas filhas, a espiritual senhora de Barral e Pedra Branca - queixara-se, ao partir para a Europa, que parte da

¹²⁵ Sobre o Ministro Castro Nunes, cfr.: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹²⁶ Sobre o Ministro Epitácio Pessoa, cfr.: NOLETO, Mauro Almeida. Memória jurisprudencial: Ministro Epitácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

¹²⁷ Sobre o Ministro Evandro Lins, cfr.: ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

¹²⁸ Sobre o Ministro Hahnemann Guimarães, cfr.: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

¹²⁹ Sobre o Ministro Orozimbo Nonato, cfr.: LEAL, Roger Stiefelmann. Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹³⁰ Sobre o Ministro Pedro Lessa, cfr.: HORBACH, Carlos Bastide. Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹³¹ Sobre o Ministro Victor Nunes, cfr.: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

¹³² LINS E SILVA, Evandro. O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997, p. 400.

¹³³ CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 123-124.



herança do sogro ficara nas engrenagens do fôro, comida por juízes fáceis ... Hein? Abriria inquérito ... Viu que isso não produziria nenhum resultado. Já, n'outra feita, justificando semelhantes aposentadorias disciplinares, Nabuco de Araújo confessara que nunca se provam acusações assim ... Então, furioso, impusera ao ministério o decreto corretivo, que arrancava à nobreza das togas o melhor privilégio, a intangibilidade. O ministério aprovou. Resistiu, com uma impávida teimosia, o presidente da Corte, Monserrate, velhinho e irredutível, estadista da Independência e como enfibrado de aço, que preferiu demitir-se, a ceder. Foi, pelo povo, pela oposição, homenageado, com uma coroa de oiro. D. Pedro II conservou-se mudo”¹³⁴

Os 4 “aposentados” em 1864, por Ordem Imperial de Pedro II, e sem processo judicial ou mesmo administrativo, foram os Ministros Gustavo Adolfo d'Aguilar Pantoja, Tibúrcio Valeriano da Silva Tavares, Cornélio Ferreira França e José Antonio de Siqueira e Silva. Como observado por Pedro Calmon, tal episódio desgastou o então presidente da Corte, Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos (o Visconde de Monserrate) que se recusava a cumprir a execução da imposição Imperial, que, quando se viu pressionado, pediu exoneração do cargo de presidente, voltando à bancada de Juiz. Tal episódio é narrado nos anais do Supremo¹³⁵.

Posteriormente, já nos conturbados anos da primeira Era Vargas, aposentaram-se por meio de igual violência mais 6 (seis) Ministros por meio do Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931, em que foram aposentados os Ministros: Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca¹³⁶.

¹³⁴ CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 123-124.

¹³⁵ Os comentários sobre a biografia do então Ministro do STJ – Supremo Tribunal de Justiça Visconde de Monserrate (Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos) no site do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=285>>, acesso em: 02.07.2014.

¹³⁶ Vale o registro da medida, na qual aparecem como firmatários Getúlio Vargas e Oswaldo Aranha, que “aposenta Ministros do Supremo Tribunal Federal”: “Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante; Decreta: Art. 1º São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vidente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca”. Cfr.: Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931.



Sobre as aposentadorias de 1931, notável é caso do Ministro Pires e Albuquerque, que atuou como Procurador Geral quando o cargo recaía entre um dos ministros do Supremo, que inclusive fez publicar um livro intitulado “Culpa e Castigo de um Magistrado”, em que arrola as peças e manifestações orais nos casos em que atuou, além de manifesto final¹³⁷.

Divide o livro em várias partes, entre elas “o caso da Vice-Presidência da república em 1922” em especial sua atuação no HC 8.584, na sessão de 8 de julho de 1922, o “levante de 1922” no caso da exclusão dos alunos da Escola Militar, no HC 9.231, na sessão do dia 25 de junho de 1923, o caso do julgamento sobre a conveniência e oportunidade da decretação do Estado de Sítio e das Medidas e Exceção pelo executivo em 1925, no HC 14.583 (impetrante o Sr. Senador Muniz Sodré, paciente o Sr. Edmundo Bittencourt), na sessão do dia 28 de janeiro de 1925, o Levante de 1922, em que se julgou as “imunidade estaduais e o estado de sítio”¹³⁸.

Mais à frente refere-se ao HC 8.603 (impetrante o Sr. Deputado Macedo Soares, paciente o Sr. Capitão de Corveta A. Vasconcelos) na sessão do dia 24 de julho de 1922, a Acusação Oral por ocasião do Julgamento d Rebelião de São Paulo, na sessão do dia 16 de novembro de 1927, o julgamento da chamada “Conspiração Protógenes” na Apelação Criminal nº 1.008, na sessão do dia 16 de maio de 1928. O livro finaliza-se com alguns artigos de jornal e pronunciamentos do Ministro Pires Albuquerque, que renunciara ao cargo de Procurador Geral após a derrocada da revolução de 1930, e por fim acabou sendo “aposentado compulsoriamente” juntamente com mais 5 ministros da Corte em 1931¹³⁹.

É o próprio Pires e Albuquerque¹⁴⁰ quem sentencia os motivos do calvário de sua aposentadoria após 11 anos de exercício no Cargo de Procurador: “Subindo ao Supremo

¹³⁷ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹³⁸ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹³⁹ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹⁴⁰ Resgatando também aspectos históricos importantes, em estudo publicado em 1982, relatando as agruras e dificuldades, Luiz Gallotti, que se casara com a filha de Pires e Albuquerque, ramo familiar de linhagem que



Tribunal os processos instaurados contra os revoltosos de 1922 e de 1924 a 1927, tocou-me acusa-los como representante do Ministério Público. Era o dever imposto pelo cargo e este dever estava de acordo com a minha consciência”¹⁴¹.

Valer registrar que o Julgamento dos cadetes da Vila Militar, que aderiam ao movimento de 5 de julho, em 1922, aliando-se aos “Dezoito do Forte” ganhou um capítulo recente com a afirmação de que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sebastião Lacerda teria sido ameaçado de “aposentadoria compulsória” dependendo do voto que viesse a prolatar. Votou solitariamente vencido, não foi aposentado. Morreria pouco tempo depois¹⁴².

Antes disso, a afirmação de que o Presidente Artur Bernardes chantageou o mesmo Ministro Sebastião Lacerda em ao menos duas oportunidades em troca da promessa de manutenção da integridade física de seus filhos, então presos pelo envolvimento com o movimento Comunista. Uma das situações foi a votação no supremo dos casos dos tenentes, e outro de um habeas corpus de um dono de jornal opositor ao governo. Uma das narrativas refere:

“Apesar de sua determinação em se envolver o mínimo possível com a política brasileira, refugiando-se na Constituição e no STF, meu avô acabou sugado pelo redemoinho tenentista. Entre julho de 1924 e abril de 1925, alguns episódios o isolaram de seus pares no tribunal, esmagadoramente fiéis ao Poder Executivo (...) Ainda durante a crise de meu pai na

descende até a atual ministra Isabel Gallotti do STJ, filha de Octávio Gallotti, que por sua vez é filho de Luiz Gallotti, estes últimos foram ministros e presidiram o Supremo Tribunal Federal. Cfr.: Luiz Gallotti, “Pires e Albuquerque”. In Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos, Editado por Josaphat Marinho e Roberto Rosas, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25. Brasília: Ed. UnB, 1982, p. 93-104.

¹⁴¹ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972, p. 128; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹⁴² Embora seja uma narrativa romanceada, clama-se por “romance histórico”, feito pelo historiador Rodrigo Lacerda, filho Carlos Lacerda, o “demolidor de presidentes” que era neto de Sebastião Lacerda, o Ministro do Supremo. Cfr.: LACERDA, Rodrigo. A República das Abelhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 164-165.



cadeia, a família recebera uma proposta aberta do Ministério da Justiça: se meu Avô renunciasse ao Supremo Tribunal Federal, meu pai e tio Paulo seriam libertados.”¹⁴³

O terceiro período que contou com aposentadorias “involuntárias” por parte de Ministros do STF ocorreria em 1968/69, após o Ato Institucional nº 5, com o afastamento dos Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Laffayette de Andrada e Gonçalves de Oliveira, estes dois últimos protagonizando um “teatro” de renúncias por troca de Cartas, em solidariedade aos três ministros anteriores, e recordando os episódios que primeiro macularam a Corte em 1864 e 1931¹⁴⁴.

Como se vê, o ambiente deliberatório pode fazer toda diferença entre “trocar figurinhas” e abdicar de determinada e metafórica “independência”, quando sentar em uma sala “secreta e indevassável” ou a luz do dia, pode significar a diferença entre tomar a melhor decisão jurídica e desagradar os demais poderes da República.

O ambiente fechado das deliberações da Suprema Corte Americana é comumente caricaturado pelo uso simbólico da frase de efeito utilizada pelo hoje Ministro aposentado

¹⁴³ Ainda, sobre o julgamento de habeas corpus de um opositor de um jornal contrário ao governo, menciona que “Outro episódio de atrito frontal entre Sebastião Lacerda e Artur Bernardes ocorreu seis meses após o estouro da Revolução de 24, quando foi votado o habeas corpus do diretor de um jornal opositor. Como meu pai, o homem continuava preso sem acusação formal. Antes da votação no Supremo, o chefe de polícia apareceu na rua do Leão, prometendo que, caso meu avô se abstivesse de votar, meu pai e meu tio seriam soltos. Novamente obrigado à negociação indigesta, com o delegado e consigo mesmo, o velho jurista saiu-se alegando que seu voto pouca diferença faria, visto já saber que os demais ministros votariam em peso conforme o desejo do governo. Então ele se absteve. Mas a contrapartida não veio, e seus filhos continuaram presos” cfr.: LACERDA, Rodrigo. *A República das Abelhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 158-159.

¹⁴⁴ É importante fonte de observação e reflexão sobre o delicado momento histórico o discurso de posse do ministro Gonçalves de Oliveira ao assumir, às vésperas da edição do AI 5, a Presidência do STF em 12 de Dezembro de 1968, bem como os discursos de despedida de Luiz Gallotti, presidente que se afastava da “curul” presidencial do STF e do Advogado Sobral Pinto. Após o AI nº 5 e o afastamento de 5 (cinco) ministros do STF, também há outro importante discurso de Luiz Gallotti, em 1969, ao assumir a presidência eventual do supremo após as aposentadorias “forçadas” dos ministros cassados – costuma-se eufemizar o ato – que também é importante fonte história de apreensão deste passado recente, em que se relembram as aposentadorias de 1863 e de 1931, e também as de 1968-69 quando cogitou-se o fechamento do Supremo Tribunal e se questionou o fato de que Gallotti citava o exemplo do Barão (depois Visconde) de Monserrate antes do AI nº 5 mas não lhe seguia faticamente o exemplo. Ver: Luiz Gallotti, [Discurso]. In *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal*, 4., 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça*, 16 dez. (Brasília: Diário Oficial da União, 1968), 5365-5366; e: Luiz Gallotti, [Discurso]. In: *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal*, 1., 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados, (Brasília: Diário da Justiça, 1969), 285-286.



David Souter, que disse: “Eu posso lhe dizer que no dia que você vir uma câmera vindo para nosso Tribunal vai ser por cima do meu cadáver”¹⁴⁵.

A grande indagação é saber até que ponto deliberações secretas, ou opiniões unificadas da Corte, contribuem para a manutenção da integridade e ausência de violência contra um Tribunal? Até porque não parece haver quem acredite que a Suprema Corte dos Estados Unidos não sofra pressões as mais diversas para adotar determinado posicionamento, e a epígrafe ácida de Robert Bork, um radical, mas um radical pensador, duvida que tal modelo represente democracia e república, preferindo chamar de “oligarquia togada”, e ele estava a se referir ao modelo americano, afirmando que os poderes de escolha dos Juízes não são mais que uma salvaguarda¹⁴⁶. Mas contra o que?

Fato é que a decisão aberta e difusa (*seriatim*) adotado no Brasil pode ter causado a cassação de 15 Ministros do Supremo Tribunal, em três períodos diversos, e o modelo de opinião da Corte unificada (*per curiam*), fechado e reservado como vem sendo adotado pela Suprema Corte Americana não teve o condão de eventualmente ensejar o afastamento de algum *Justice*, possivelmente porque arranjos decisórios institucionais são mais facilmente exequíveis na penumbra de uma sala “quase secreta”, sendo aliás difícil descobrir qual Julgador votou em qual sentido. Por outro lado, a votação pública permitiria eventualmente a confirmação/comprovação de arranjos institucionais escusos, que dependeriam muito mais da integridade do magistrado que do modelo deliberatório adotado.

¹⁴⁵ Tradução nossa do original: “I think the case is so strong,” Justice Souter said, “that I can tell you the day you see a camera come into our courtroom, it's going to roll over my dead body.”. Cfr.: “On Cameras in Supreme Court, Souter Says, 'Over My Dead Bod, The New York Times, March 30, 1996, disponível em: <<http://www.nytimes.com/1996/03/30/us/on-cameras-in-supreme-court-souter-says-over-my-dead-body.html>> acesso em: 06.07.2014.

¹⁴⁶ BORK, Robert. Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, Heritage Lectures, n 1147 (2008), p. 3-4.



3.1. Triângulo da Violência Argumentativa: Escolha de Membros de Tribunais¹⁴⁷.

Em 1974, em pleno auge do regime ditatorial civil-militar brasileiro¹⁴⁸, o economista Edmar Bacha cunhou a expressão “Belíndia” em uma clara crítica a um regime que tinha padrões de uma “interessante” mistura entre Bélgica e Índia¹⁴⁹. Uma das interpretações deste artigo diz:

“A fábula ‘O rei da Belíndia’, publicada em 1974 no jornal esquerdista opinião por indicação do economista Celso Furtado, foi a maneira alegórica encontrada por Bacha, sob a censura, para explicitar a crescente desigualdade social nos anos do “milagre econômico” brasileiro. Em 1960, os 10% mais ricos da população detinham 40% da renda total. Dez anos depois, esse porcentual subiu para 47%. Em 1980, chegou a 48%. A parcela da renda nas mãos dos 10% mais pobres, em contrapartida, caiu de 2% em 1960 para um mísero 1% nas décadas seguintes”¹⁵⁰

Uma parcial repetição do conteúdo do artigo, é verdade, que poderia ainda ser agregada a referência crítica de que a maquiagem numérica serviu para que o rei compreendesse então “que o PIB era uma espécie de Felicitômetro dos Ricos”¹⁵¹, o que tem muito em comum com a decisão judicial, que pode servir para maquiar interesses pessoais,

¹⁴⁷ A referência será aos Tribunais, especialmente a Suprema Corte Americana e ao Supremo Tribunal Federal por adotarem critério de escolha de seus membros similar, cuja escolha e nomeação fica a cargo do chefe de estado, ou Presidente da República, seguido de uma audiência no Senado, para confirmação ou rejeição da escolha do nome do indicado. A escolha se dá porque são os órgãos de cúpula do Judiciário, a eles cabendo a última palavra sobre a Constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

¹⁴⁸ A referência a regime ditatorial “civil-militar” leva em conta a interpretação de René Armand Dreifuss na sua pesquisa de doutoramento (1976-1980) na Universidade de Glasgow, que ganhou o título comercial de “1964: A conquista do Estado”, no sentido de que “a ‘pré-história’ política e ideológica dos grandes interesses financeiro-industriais multinacionais e associados estava entrelaçada com a do bloco histórico populista e com a convergência das classes dominantes deste bloco. A história do bloco de poder multinacional e associado começou à 1º de abril de 1964, quando os novos interesses realmente ‘tornaram-se Estado’, readequando o regime e o sistema político e reformulando a economia a serviço dos seus objetivos. Agindo dessa forma, levaram o Brasil e, poder-se-ia conjecturar, todo o cone sul da América Latina ao estágio mundial de desenvolvimento capitalista monopolista”. cfr: DREYFUSS, René Armand. 1964: A Conquista do Estado. Ação Política, Poder e Golpe de Classe, trad. Laboratório de Tradução da Faculdade de Letras da UFMG, Ayeska Branca de Oliveira Farias, et all. Petrópolis: Vozes, 1981, p. 489.

¹⁴⁹ BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas. in: E. L. Bacha, Os mitos de uma década. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 57-61.

¹⁵⁰ “A Belíndia Revisitada”, Revista Veja, 2290, outubro, (2012).

¹⁵¹ BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas. In: E. L. Bacha, Os mitos de uma década, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 61.



voluntaristas, que poderia ser chamada, em alguns casos, inspirada naquela afirmação, de “Felicômetro Pessoal dos Juizes”, nem que para isso seu prolator (Juiz Singular ou Corte) tenha que utilizar pretextos os mais interessantes, incidindo em vícios de argumentação/justificação¹⁵², “Triângulo da Violência Argumentativa”.

Registre-se que o “Triângulo da Violência Argumentativa” de que se cogita não tem vinculação direta com o termo “violência linguística” compreendida e observada como “uma das várias formas da violência simbólica, que pode ser entendida como dominação de um grupo por outro, assegurada pelos sistemas simbólicos, que cumprem sua função política de imposição ou de legitimação dessa dominação”¹⁵³. Não obstante, o conceito auxilia na compreensão da construção que se pretende.

Inicialmente, o próprio processo de escolha dos Juizes deve ser objeto de análise em termos de disputa ou violência simbólica, especialmente as sabatinas ou o chamado “Hearing on the Nomination”, que é o procedimento no Senado Americano. Argumenta-se aqui que o processo de escolha dos Julgadores é a porta de entrada da ação ou omissão no âmbito do “Triângulo da Violência Argumentativa”, e a confirmação, posse e exercício a continuação deste.

A atividade decisória de uma Corte Suprema ou Superior, no exercício do controle da constitucionalidade das Leis, é a mais clara exemplificação da tensão exercida sobre as cordas da democracia, como na alegação de que “o judicial review realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e

¹⁵² Adotamos a diferença e a crítica entre argumentação e justificação, especialmente (mas não exclusivamente) a partir das seguintes obras: RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013; Advirta-se, no entanto, que são muitas as possibilidades de diferenciação: Duncan Kennedy, Brian Tamanaha, Frederick Schauer, Susan Haack, Adrian Vermule, Larry Alexander, Cass Sustein, Robert Sumers e Ernest Weinrib, organizados e reunidos em: A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate, organizado por José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011; e ainda: ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidade como principio de decisión, trad. Carlos Gardini. Barcelona: gedisa editorial, 1999.

¹⁵³ CABRAL RODRIGUES, Paulo César. Atos de Fala e Ideologia - A violência Linguística no Discurso da Revista Veja Sobre as Favelas. Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual do Ceará, 2012, p. 54.



democrática”¹⁵⁴. Concorde-se ou não com a afirmação, ela expõe o choque entre o legislativo e o judiciário, e esta disputa (ideológica) pode ainda ser observada nas indicações de ministros (justices) para a Suprema Corte americana, especialmente na reprovação pelo Senado Americano do nome de Robert Bork, em 1987.

Aliás, afirma-se uma abissal diferença entre Ronald Dworkin e Robert Bork, antípodas por excelência. Colegas de turma no curso de Direito em Yale, logo tomariam posições distintas após o curso. Dworkin iria para Oxford assumir a vaga de professor que outrora pertencera a H. L. Hart, e Bork seria nomeado Procurador-Geral da administração Nixon, para logo ter a grande batalha político-jurídica de Watergate. Bork viria a ser Juiz da poderosa Corte de Apelações do Distrito de Columbia, e seria indicado para uma vaga na Suprema Corte dos Estados Unidos pelo presidente Ronald Reagan, mas seria rejeitado após uma longa e penosa sabatina no Senado¹⁵⁵.

Bork poderia ser considerado um radical de direita. Ele teria identificado o que denominou de “nova classe”, que poderia ser chamada de “Cabeça de Dworkin”, composta por pessoas que ocupavam as posições chave da sociedade (como jornalistas, acadêmicos, celebridades, ambientalistas, e ativistas), nascidos nos anos 1960, essa “nova classe” seria oposta às tradições como o juramento à bandeira, ensino nas escolas de valores tradicionais – como família, composta por pai (homem) e mãe (mulher), e principalmente, conforme observa Marvin Chirelstein, essa “Nova Classe” representaria uma minoria política de esquerda, de quem a urna eleitoral não seria muito amiga, exceto em locais nobres de Manhattan, numa espécie de “socialismo soft”, e que lutariam guerras culturais através da mídia, dominada por eles de maneira substancial:

“O que a “Nova Classe” tem encontrado para tomar o lugar da vontade popular é o conceito jurídico de “direitos individuais”, para o qual a Suprema Corte dos Estados Unidos se

¹⁵⁴ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. trad. Adauto Villela, in: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 94; ou, no original: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, The Yale Law Journal 115 (2006) 1348.

¹⁵⁵ CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 Green Bag 2D 17, (2013).



tornou o porta-voz não eleito. A fonte daqueles direitos deve ser encontrada, não nos estatutos dos Estados Unidos como promulgados pelos representantes do povo, mas na própria Constituição, um documento subjacente a todas as outras leis e, obviamente, livre de limitações legais e de correção eletiva. A Suprema Corte há muito tempo arrogou a si mesma (incorretamente e inapropriadamente, pensava Bork) o poder do “judicial review”, significando que a Corte detém autoridade ilimitada para determinar se os atos do Congresso ou de qualquer legislatura estadual são ou não consistentes com os requisitos constitucionais. Muitos tem admirado esta função, presumidamente no ponto em que ela protege os interesses das minorias da tirania das majorias; mas na visão de Bork, o efeito, ultimamente, tem sido o de dar a um pequeno grupo de advogados de esquerda, alguns ou a maioria dos membros da “Nova Classe”, o poder de promover a sua própria agenda política e usar este poder para “coagir”. Sexo e religião eram, para Bork, duas das maiores áreas da moralidade pública (existem outras, Pornografia e Gênero) nas quais a Corte tem mostrado a si mesma como ativamente ideológica e tem feito o mais egrégio uso de sua autoproclamada autoridade”¹⁵⁶.

Para Bork, os anos 1960 e 1970 teriam sido identificados por toda uma geração de adolescentes “mimados” e drogados de Woodstock, que teriam envenenado a si mesmos com autoindulgência e degeneração, e que quando tais adolescentes cresceram, adultos e em posições de poder, exercendo autoridade no governo, o teria feito elaborar a seguinte reflexão:

¹⁵⁶ Tradução livre nossa, do original: “What the New Class has found to take the place of the popular will is the legal concept of 'individual rights', for which the Supreme Court of the United States has become the unelected spokesman. The source of those rights is to be found not in the statutes of the United States as enacted by the elected representatives of the people, but in the Constitution itself, a document underlying all other laws and obviously free of statutory limitations and elective correction. The Supreme Court long ago arrogated to itself (incorrectly and improperly, Bork thought) the power of 'judicial review', meaning that the Court has unlimited authority to determine whether the acts of Congress or of any of the state legislatures are or are not consistent with the Constitution's requirements. Many have admired this function, presumably on the ground that it protects minority interests from the tyranny of the majority; but in Bork's view the effect, ultimately, has been to give a small cadre of left-leaning lawyers, some or most of them most likely members of the New Class, the power to promote their own political agenda and to use that power to 'coerce'. Sex and Religion were, for Bork, two major areas of public morality (there are others, Pornography and Gender) on which the Court has shown itself to be actively ideological and has made the most egregious use of its self-assumed authority”. cfr: CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution. 17 Green Bag 2D 17, (2013), p. 19-21.



“O que sofremos deles quando eram crianças não é nada comparado ao que eles têm feito conosco e nos feito sofrer agora que cresceram”¹⁵⁷.

Quando Bork foi indicado pelo presidente Ronald Reagan para suceder Lewis Powell em uma vaga de ministro (Justice) na Suprema Corte Americana, suas ideias escritas e faladas voltaram-se contra ele, sendo conhecida a campanha nacional de vários setores da sociedade americana contrários a Bork, inclusive um artigo publicado por Ronald Dworkin em uma revista impactante, popular e de circulação nacional¹⁵⁸.

Para Dworkin, Bork era um constitucionalista radical que rejeitava o tipo de regra resultante da deliberação judicial que todos - supostamente - já haviam aceitado, alegando (em 1987) que os senadores teriam um problema pela frente, diferente dos que costumavam ter, pois segundo Dworkin, Robert Bork pretendia corrigir alguns “equivocos” da Suprema Corte agora por meio da asa direita da corte, e que Bork não ofereceria nenhuma justificação coerente para seus pontos de vista radicais e ilegais. O discurso de Dworkin endureceria ainda mais quando ele mencionara que o papel do senado não seria o de rejeitar postulantes a vaga de ministro da Suprema Corte em razão de seus desacordos quanto aos pontos de vista sobre questões constitucionais do candidato, no entanto, prosseguiu Dworkin afirmando:

“Mas o Senado possui a responsabilidade constitucional no processo de escolhas para a Suprema Corte, além de assegurar que o nomeado não é um tolo ou um trapaceiro. A Constituição é uma tradição, bem como um documento, e o Senado deve satisfazer a si mesmo no sentido de que um nomeado tencione, de boa fé, a ajudar a interpretar aquela tradição de maneira jurídica, não para desafiar e substituí-la por alguma visão política radical, a qual o argumento jurídico jamais irá tocar.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution. 17 Green Bag 2D 17, (2013), p. 19.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).

¹⁵⁹ Tradução livre nossa, do original: “But the Senate does have a constitutional responsibility in the process of Supreme Court appointments, beyond insuring that a nominee is not a crook or a fool. The Constitution is a tradition as well as a document, and the Senate must satisfy itself that a nominee intends in good faith to join and help to interpret that tradition in a lawyerlike way, not to challenge and replace it out of some radical political vision that legal argument can never touch”. cfr: DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).



Dworkin profetiza, em um argumento que poderia facilmente ser identificado como “*ad terrorem*”¹⁶⁰, que se fosse confirmada a nomeação de Bork, a corte seria dominada pela visão

¹⁶⁰ *Ad terrorem* por dois motivos. Primeiro, não menciona os nomes de quem seriam as outras “penas” da asa direita pela qual o Tribunal iria voar. Segundo, ao não dar “nomes aos bois”, esquece que o poder de um único juiz só terá força, na Suprema Corte americana, se convencer ao menos quatro outros colegas. Dworkin profetizou, assim, “o fim do mundo”, mas fazendo uma crítica à asa direita, esqueceu-se da asa esquerda da Corte, tornando plena de sentido a observação de Marvin Chirelstein, que foi colega de ambos na vida e na faculdade, dizendo sobre Dworkin e Bork: “Bork e Dworkin sustentaram diferentes teorias de interpretação constitucional, conduzindo a resultados bastante diferentes quando os casos surgem. Ambas são interessantes e até persuasivas, em algum sentido, embora eu suspeite, menos como uma questão de influência atual como seus melhores trabalhos retrocedem no tempo. Nenhum outro, tanto quanto eu possa dizer, jamais foi citado pela Suprema Corte por sua teoria de interpretação constitucional ou suas apreciações de casos já decididos. Neste sentido, como outros trabalhadores da acadêmica, neste campo, suas visões particulares são transitórias e inofensivas. Mas tem sido largamente lidas e tem influenciado a academia e a opinião pública, e cada uma tem devotados seguidores políticos. Há ainda, é claro, outra escola de interpretação Constitucional, mas não é baseada em uma leitura atenta dos casos decididos, ou na própria constituição, e certamente não em pesquisa acadêmica. Por outro lado, embora não muito bem informada, é sem dúvida bem mais largamente apoiada do que qualquer outra teoria. E é a teoria dos “valores pessoais”. Sobre esta teoria, o que vier dos casos envolvendo questões sociais sensíveis, dependerá apenas de quem estiver entre os 5 que fazem a maioria da corte, e de quem estiver entre os 4 que afastam tais resultados, e inevitavelmente aparecem chorando contra o “ativismo judicial”. Isso varia de tempos em tempos, ou de geração a geração, e é bastante previsível. É a teoria apoiada por todos os congressistas, por todos os presidentes, por muitos juízes, e pelo ‘homem-das-ruas’ na medida em que este último presta qualquer atenção sobre a questão. A teoria dos “valores pessoais” é um pouco difícil de articular, mas quem sabe de uma maneira, reconhecidamente desajeitada, pode-se dizer que quando se defronta com uma constituição que seja mais ou menos aberta e não restrita, os juízes como que lançam mãos de seus próprios sentimentos do coração, e o que eles dizem atentamente serem as melhores escolhas de acordo ao que seja retamente justo, ao dever público e à consciência. Por esta razão as decisões dos tribunais parecem ser mais políticas ou estéticas ao invés de estritamente legais, com óbvias consequências de perturbar mais do que aquietar o pensamento público. Eu mais do que suspeito, muito embora não possa provar, que Bork e Dworkin eram influenciados, e mesmo guiados por valores pessoais quando propuseram suas respectivas visões sobre a Constituição. Qualquer um que os conheceu, creio eu, estaria bastante convicto desta suspeita. Para ser sincero, cada um dos dois insistiria justamente no contrário, e que suas aproximações acerca da interpretação constitucional eram consistentes, objetivas e até mesmo científicas. Há uma certa ironia nisso tudo, eu suponho, pois desde que valores pessoais inspiraram seus trabalhos mais interessantes e incisivos. Eu não pretendo sugerir que a teoria dos “valores pessoais” seja de qualquer forma inapropriada. Seria, entretanto, se fosse considerada como uma teoria que ordena as outras teorias, com efeito de eliminar a ampla literatura – deles e dos outros – por outro lado ligada a grande questão da interpretação constitucional”. Tradução nossa do original: “Bork and Dworkin held sharply different theories of constitutional interpretation leading to very different results as cases arose. Both are interesting and to some extent persuasive, though, I suspect, less and less a matter of current influence as their major works recede in time. Neither, as far as I can tell, has ever been cited by the Supreme Court for his theory of constitutional interpretation or his appraisal of decided cases. In that sense, like other academic workers in this field, their particular views are transitory and harmless. But have been widely read and have influenced scholarly and to some extent public opinion and each has a devoted political following. There is of course another school of constitutional interpretation, but it is not based on a close reading of the cases or of the Constitution itself and certainly not on scholarly research. On the other hand, though not well informed, it is undoubtedly much more widely held than any other such theory. And that is the theory of ‘personal values’. Under that theory, the outcomes in cases involving sensitive social issues depends on just who is in the 5 that makes up the Court majority and who is in the 4 that excoriates those outcomes and inevitably raises the cry of ‘judicial activism’. This varies from time to time or from generation to generation and is fairly predictable. It is a theory held by all congressmen, by all presidents, by



da direita americana, e que este fato representaria o clímax de uma ambição presidencial bastante distinta, qual seja, a de congelar a Suprema Corte, pelo maior tempo possível, em uma ortodoxia vinculada a orientação presidencial¹⁶¹.

Observa-se que Dworkin aproveitara para recordar que pouquíssimos nomeados teriam ido tão longe em anunciar suas posições, com as quais seriam confrontados em caso de confirmação, como na alegada declaração de Bork de que a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que limitara o poder dos estados em criminalizar o aborto, seria ela mesma (decisão), inconstitucional, e ainda, quando declarou que a Constituição, em seu ponto de vista, reconhece plenamente a adequação da pena de morte, ou ainda, que o postulado de “um homem, um voto” era seriamente um equívoco, nos planos eleitorais nacional e local, além de ter afirmado que seria legalmente um absurdo que minorias morais, como os homossexuais, possuísem direitos contra a discriminação, além de ter duvidado da sabedoria da decisão constitucional de que a polícia não poderia usar provas ilegalmente obtidas em um caso criminal, além de ter se posicionado, em um voto de dissenso e minoritário, quando de um julgamento na Corte de Apelação, esposando o entendimento de que o Congresso não poderia desafiar a constitucionalidade dos poderes do presidente em uma Corte Judicial¹⁶².

Um liame entre pontos de vista nas administrações Republicana e Democrata parece ser visível, entre velhos juristas e seus discípulos, pois Bork defendia os pontos de vista que algum

many judges, and by the man-on-the-street to the extent that the latter pays the matter any attention. The 'personal values' theory is a bit hard to articulate, but perhaps one way, admittedly rather clumsy, is to say that when faced with a Constitution that is more or less wise open and unconfined, judges are likely to resort to their own heartfelt sentiments and what they regard as the choices best suited to righteousness, public duty, and conscience. For that reason the Court's decisions appear to be political or aesthetic rather than strictly legal, with the obvious consequence that they are more likely to unsettle than to quiet the public mind. I more than suspect, though I cannot prove, that Bork and Dworkin were influenced, indeed driven, by personal values in propounding their respective views of what the Constitution requires. Anyone who knew them, I believe, would be almost certain to share that suspicion. To be sure, each would have insisted that the contrary was true and that his approach to constitutional interpretation was consistent, objective, even scientific. There is a certain irony in that, I suppose, since personal values obviously inspired their most interesting and incisive work. I do not mean to suggest that a theory of "personal values" is discreditable in any way. It would, however, if regarded as the theory that rules all other theories, have the effect of eliminating a large literature - theirs and others - otherwise directed to the great question of constitutional interpretation." cfr: CHIRELSTEIN, Marvin A. *Bork, Dworkin, and the Constitution*. 17 Green Bag 2D 17, (2013), p. 27-28.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Bork Nomination*. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Bork Nomination*. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).



tempo depois viriam a ser defendidos pelo jurista que elaborou as defesas jurídicas da administração de George W. Bush, qual seja, o advogado John Yoo. Observa-se, aliás, que o próprio Yoo confessa ter sido influenciado por Bork ainda quando estudante de Direito, mencionando expressamente a leitura de 3 obras enquanto estudante: *“The Tempting of America”*, *“The Antitrust Paradox”* e *“Slouching towards Gomorrah”*, afirmando, com uma coragem acadêmica invejável, que “Eu apreciei sua provocativa sugestão de que o Congresso poderia derrubar decisões da Suprema Corte através de simples voto majoritário”¹⁶³. Para eles, um choque. Para nós, um choque sobre o choque, dada a banalização que nos é peculiar sobre a questão.

John Yoo descreve sua primeira vez com Robert Bork, chamando-o de oráculo, mencionando que Bork foi direto ao ponto, e estava preocupado com o chamado “Alien Tort Statute” (ATS)¹⁶⁴, com receio de que Juízes fossem tentados a importar normas do Direito Internacional e utiliza-las diretamente no Direito Americano, chamando o ativismo judicial de “doença” que teria se espalhado por outros países, mencionando que tais pensamentos teriam virado o livro *“Coercing Virtue”*, o qual John Yoo teria tido, segundo suas próprias palavras, o privilégio de auxiliar¹⁶⁵. As disputas são claramente ideológicas, embora mais claras e intelectualmente honestas do que aqui!

A propósito, o duro discurso de Dworkin contra a indicação de Bork para a Suprema Corte Americana, mencionado anteriormente, rendeu resultados, ao lado de toda uma campanha nacional contra a indicação, e ele foi rejeitado pelo Senado em 1987, primeiro pelo Comitê Judiciário, por 9 votos à 5, e depois pelo corpo de senadores, com 58 votos contrários e 42 votos a favor. Era nitidamente, repita-se, uma disputa ideológica, tanto que em 2012, o então candidato a presidente Mitt Romney nomeou Bork para ser um dos chefes e assessor

¹⁶³ Tradução nossa do original: “I enjoyed his provocative suggestion that Congress could override Supreme Court decisions by simple majority vote”. cfr: YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi. L Rev. Dialogue 257 (2013).

¹⁶⁴ A referência é ao seguinte dispositivo normativo dos Estados Unidos da América: Judiciary Act of 1789 § 9, ch 20, 1 Stat 73, 76–77, codified as amended at 28 USC § 1350. Ver nota de rodapé nº 5, p. 285 de: YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi L Ver. Dialogue 257 (2013).

¹⁶⁵ YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi. L Rev. Dialogue 257 (2013).



jurídico da Campanha Republicana à Presidência da República, trazendo com isso novamente uma campanha contrária, na qual se recordava 1987, com a seguinte pergunta provocativa¹⁶⁶:

“Muitos presidentes deixam seu mais duradouro legado à nação nos Ministros que nomeiam para a Suprema Corte, e nos Juízes Federais que colocam na bancada. Então, o que inspira o atual governador de Massachusetts, Mitt Romney, em nomear Robert Bork para “co-chefiar” o comitê do Direito, da Constituição e do Judiciário, de sua campanha presidencial?”¹⁶⁷

A Sabatina de Bork no Senado Americano ocorreu durante 12 (doze) dias, e produziu um documento com mais de seis mil e quinhentas páginas, em que foram indexados todos os documentos a respeito, todas as manifestações anteriores do indicado, entre artigos, entrevistas, opiniões emitidas em livros e perante testemunhas, bem como foram catalogadas manifestações de cerca de uma centena de pessoas, entidades, grupos e associações, ao lado, é claro, das perguntas e respostas a que foi submetido o pretendente a uma cadeira na Suprema Corte¹⁶⁸.

Uma sabatina como essa, no entanto, não é a regra americana e nem o modelo seria o mais sério e confiável, diferentemente do que sugestionam Virgílio Afonso da Silva, Octávio Luiz Motta Ferraz e Diogo Coutinho¹⁶⁹ ao comparar os modelos de sabatina no Brasil e nos Estados

¹⁶⁶ Cuida-se de um panfleto Partidário vinculado ao grupo “People for the American Way”, que cunha título notoriamente pejorativo: “Borking America”, vinculando a indicação de Robert Bork redução de direitos individuais, ao ataque aos direitos civis, ao restabelecimento da criminalização da sodomia, a negativa dos direitos das mulheres, ao controle de natalidade e à promoção do poder corporativo. cfr: RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice, Washington: People For the American Way, 2012.

¹⁶⁷ Tradução livre nossa: “Many presidents leave their most enduring legacy to the nation in the Justices that they name to the Supreme Court and the federal judges that they put on the bench. So what inspired former Massachusetts governor Mitt Romney to name former judge Robert Bork to co-chair his presidential campaign advisory committee on law, the Constitution and the judiciary?” cfr: RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice, Washington: People For the American Way, 2012.

¹⁶⁸ A sabatina ocorreu nos dias 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 e 30 de setembro de 1987. Catalogado em 5 volumes. Ver: Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Congress, First Session, on S. J-100-64, Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States, September 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 and 30, 1987, 100rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1989.

¹⁶⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio; et al., A hora do Senado, Tendências e Debates, Jornal Folha de São Paulo, 30 de setembro de 2009, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3009200909.htm>>, acesso em 02.07.2014.



Unidos, bastando citar, a propósito, que Richard Posner relata que houve fraude em sua sabatina para o cargo de Juiz de Corte de Apelação dos Estados Unidos, com supressão de um de seus comentários sobre sua compreensão acerca do papel do Juiz¹⁷⁰.

O resultado disso é que agora, mais do que antes, nas sabatinas do Senado americano os indicados escondem suas predileções, evitam emitir opiniões que poderiam impactar, como no famoso e recente caso da sabatina do atual presidente da Suprema Corte Americana John Roberts, que, inquirido sobre qual seria o papel do Juiz, saiu-se com a caricata metáfora do árbitro de baseball, apelando para o esporte que é a paixão nacional nos Estados Unidos.

Literalmente, John Roberts disse que Juízes e Ministros são servos do Direito, são como “árbitros”, pois “árbitros” não fazem as regras do jogo, eles as aplicam, ou seja, “árbitros” e Juízes tomam as providências para que as regras sejam cumpridas, para que todos joguem conforme as regras, e que ninguém vai a um jogo para assistir ao “árbitro”, e que ele iria se lembrar de que seu trabalho é anunciar strikes e arremessos, e não arremessar ou rebater, conforme noticiado por Mark Tushnet¹⁷¹, sem deixar de observar que o então Senador pelo estado de Illinois, Barack Obama anunciara que votaria contra a confirmação de John Roberts, com a seguinte e importante manifestação:

“Enquanto a aderência ao precedente e as regras da construção constitucional ou do estatuto responderão por 95% dos casos que são apresentados diante da Corte, e então ambos, Scalia e Ginsburg chegarão no mesmo lugar na maioria das vezes nesses 95 por cento dos casos – o que importa na Suprema Corte, nestes 5 por cento restante dos casos são realmente

¹⁷⁰ A referência de Richard Posner foi feita em uma entrevista relativamente recente: “I have made fun of Roberts about the umpire thing but I don't blame either of them because the confirmation hearings are not for real. At my confirmation hearing back in 1981, when confirmations were much less controversial (and of course court of appeals nominations don't get the same scrutiny as Supreme Court justices, though they are getting much more than they did when I was confirmed, Strom Thurmond, the chairman of the Judiciary Committee, asked me, 'Do you agree that judges should just apply the law; they shouldn't make the law?' I said that was usually the case but some cases are indeterminate and to decide them the judge may have to create some law. Sometimes later I received the printed report of the confirmation hearing, and my answer - my nuanced answer - had been changed (without notice to me) to yes, judges should just apply the law and not make the law.”. Cfr.: POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. The New York Review of Books, September 29, 2011, Vol. 58, n 14. (2011).

¹⁷¹ TUSHNET, Mark. In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court, New York: Norton & Company 70, 2013, p. ix.



difíceis... nestes 5 por cento dos *hard cases*, o texto constitucional não será o ponto principal. A linguagem do estatuto não estará perfeitamente clara. O processo legal por si só não o conduzirá a regra de decisão. Nestas circunstâncias, ... o ingrediente crítico é fornecido pelo que se encontra no coração do julgador ...”¹⁷²

É ainda mais interessante observar que foi John Roberts quem pesou a favor do mais ambicioso programa político de Barack Obama, quando votou a favor da manutenção do *Obamacare (Affordable Care Act)*, em votação apertada na Suprema Corte (5 votos a 4)¹⁷³, mencionando que a norma era em parte constitucional e em parte inconstitucional, mas concedendo uma deferência ao legislador, votou pela manutenção da norma, ou seja, o coração do Julgador talvez importe mais do que os 5% sugeridos por Obama.

Vale recordar ainda que o fundamento utilizado no julgamento do caso *Obamacare (Affordable Care Act)* de deferência, é justamente o fundamento pelo qual Robert Bork era um dos mais ardorosos defensores, pois ao lado do originalismo, era adepto da “*judicial deference to the democratic process*”¹⁷⁴, uma segunda ironia no caso!

O inteiro teor do discurso de Barack Obama inicia elogiando a manutenção da “civilidade” na audiência de confirmação de John Roberts no Senado, ao tempo em que faz uma crítica singela à Casa Branca, expressando como deve ser, na sua opinião, o processo de escolha de um Ministro para a Suprema Corte:

“Eu espero que no caso do próximo nomeado que venha indicado para a Suprema Corte, a Casa Branca reconheça que é sua obrigação não apenas para com a comissão do

¹⁷² Tradução livre do original: “While adherence to legal precedent and rules of statutory or constitutional construction will dispose of 95 percent of the cases that come before a court, so that both a Scalia and Ginsburg will arrive at the same place most of the time on those 95 percent of the cases - what matters on the Supreme Court is those 5 percent of cases that are truly difficult ... In those 5 percent of hard cases, the constitutional text will not be directly on point. The language of statute will not be perfectly clear. Legal process alone will not lead you to a rule of decision. In those circumstances,... the critical ingredient is supplied by what is in the judge's heart...”. cfr: TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013, p. xi.

¹⁷³ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), 132 S.Ct 2566.

¹⁷⁴ SOMIN, Ilya. *The Borkean Dilema: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy*, The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 80, (2013), p. 243.



Senado, mas com o povo americano, ter certeza de que nós possamos avaliar minuciosa e adequadamente os registros de cada um dos nomeados que esteja perante nós.”¹⁷⁵

Obama menciona que gostou da impressão que teve de Roberts, e utiliza principalmente duas metáforas para dizer da dificuldade em que se encontrava. Refere-se ao já mencionado “coração do julgador”, e utiliza uma outra expressão de linguagem sobre maratonas, dizendo que John Roberts pareceu ser uma pessoa decente, que seria alguém aparentemente apaixonado pelo Direito, mas que a aderência ao precedente e as regras de construção e interpretação somente podem conduzir até a 25ª milha da maratona, mas que a última milha somente pode ser determinada pelos valores mais profundos da pessoa, especialmente vinculadas a sua visão acerca de como o mundo funciona, e pela profundidade e largura da empatia de alguém¹⁷⁶.

Mencionou, ainda, especialmente a importância da visão do indicado sobre o quanto as ações afirmativas seriam uma resposta apropriada para a discriminação histórica nos Estados Unidos, ou sobre como o direito geral à privacidade forneceria as bases para um direito mais específico para que as próprias mulheres controlassem suas decisões reprodutivas (e aqui o aborto e o controle de natalidade estava mais do que sugerido), e são exatamente estes casos - chamados de difíceis, que 5% das decisões seriam impulsionados pelo “coração do julgador”¹⁷⁷.

Merece destaque a visão acerca da concepção do papel que o Direito exerceria na sociedade, que para ambos seria uma maneira de equilibrar a luta – a referência é ao jogo – entre fortes e fracos:

¹⁷⁵ Tradução nossa do original: “I hope with the next nominee who comes up for the Supreme Court that the White House recognizes that in fact it is its duty not just to the Senate but to the American people to make sure we can thoroughly and adequately evaluate the record of every single nominee who comes before us”. cfr: OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁶ OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁷ OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.



“Eu conversei com o Juiz Roberts sobre isso. O Juiz Roberts confessou que, diferente talvez de políticos profissionais, não é fácil para ele falar sobre seus valores e seus sentimentos mais profundos. Não é sobre como ele é treinado. Ele disse que não aprecia valentões, e sempre enxergou no direito um meio para equilibrar o campo entre o forte e o fraco”¹⁷⁸

Diferentemente da sabatina de Robert Bork, o processo de confirmação do atual presidente da Suprema Corte Americana durou apenas 4 dias, mas a manifestação e as perguntas ao indicado ocorreram durante apenas um deles, tendo todo o processo ocorrido entre os dias 12 e 15 de setembro de 2005, documentado em um arquivo que materializou mais de 1400 páginas, bem menos do que o caso da indicação de Bork¹⁷⁹.

Uma diferença brutal deve ser desde já salientada. Enquanto nos Estados Unidos há a efetiva documentação e organização padronizada dos documentos produzidos nas sabinas dos postulantes a cargos de ministros, no Brasil há a total falta de padronização ou de produção de um documento sério e oficial.

São radicalmente diferentes os processos de “confirmação” do indicado ao Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte Americana, embora seja necessário mencionar que há em ambos a possibilidade de ocorrência de violência argumentativa, seja por (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*.

Os casos das indicações de Robert Bork e de Roberts são claras demonstrações de Violência Argumentativa, a partir das discussões empreendidas no presente *paper*, no primeiro caso pela copiosa argumentação *ad terrorem*, e no seguinte caso pela antevisão do “medo do coração do julgador”, ambos Republicanos, um aprovado e outro reprovado nos bancos da

¹⁷⁸ Tradução nossa do original: “I talked to Judge Roberts about this. Judge Roberts confessed that, unlike maybe professional politicians, it is not easy for him to talk about his values and his deeper feelings. That is not how he is trained. He did say he doesn't like bullies and has always viewed the law as a way of evening out the playing field between the strong and the weak.”. cfr: OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁹ Cfr: Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.



sabatina senatorial, vale dizer, em ambos os casos, mais propícios a comicidade do que seriedade na disputa seriamente comprometida com debates constitucionais.

No caso de Bork, o fato de ter sido honesto expressando de antemão suas opiniões, de maneira clara e aberta, parecem ter sugerido que ele se escondesse na mentira de argumentações que se fecham em si mesmas, como a expressão invocada por Lygia Fagundes Telles em seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras:

“O duro ofício de testemunhar um planeta enfermo nesta virada do século. Às vezes, o medo. Quando perseguido, o polvo se fecha nos tentáculos e solta uma tinta negra para que a água em redor fique turva e, assim, camuflado, ele possa então fugir. A negra tinta do medo. Viscosa, morna. Mas o escritor precisa se ver e ver o próximo na transparência da água. Tem de vencer o medo para escrever esse medo. E resgatar a palavra através do amor, a palavra que permanece como a negação da morte”¹⁸⁰

Robert aprendeu a lição, e indagado sobre pontos importantes, acerca do papel do magistrado, escondeu-se atrás de uma metáfora, passando a impressão de que seria um árbitro isento e imparcial, embora quando tenha sido posto à prova no caso Obamacare, tenha enganado o coração de Obama, e é possível também que somente tenha vencido o medo depois da posse, mas outros casos existem, e aqui não seria o local mais adequado para tal exploração argumentativa, quer seja pelo espaço, ou ainda pela temática restrita da sabatina no senado¹⁸¹.

Não analisamos um caso concreto do Brasil em razão de não haver uma reprovação do nome do indicado pelo senado em caso sob a vigência da Constituição de 1988, mas não colocamos o processo americano de escolha e deliberação como superior. Os dois são muito ruins, e o caso americano ainda comporta as alegações acima referidas.

¹⁸⁰ FAGUNDES TELLES, Lygia. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras, como quarta ocupante da Cadeira nº 16, eleita em 24 de outubro de 1985, na sucessão de Pedro Calmon e recebida em 12 de maio de 1987 pelo acadêmico Eduardo Portella”, 12 de maio de 1987, disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=666&sid=194>>, acesso em 31 de julho de 2014.

¹⁸¹ Para uma ampla análise da Corte John Roberts, cfr: TUSHNET, Mark. In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court. New York: Norton, 2013.

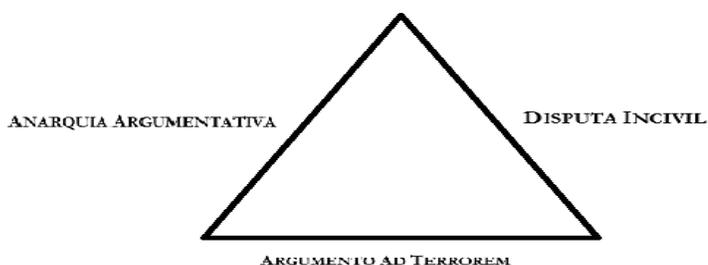


Examinemos agora os elementos não no processo de indicação, mas que representariam perigo a democracia monitória na própria tomada de decisões pelas Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais.

3.2. Triângulo da Violência Argumentativa: Debates dos Julgadores e a Busca da Localização da Racionalidade.

Conforme mencionado no início, o “Triângulo da Violência Argumentativa” é composto por três vértices, especificamente: (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*, e em sua engenharia inicial, como figura de linguagem, significa uma decisão judicial proferida, neste caso, por um Tribunal Superior, Supremo ou Constitucional em que a confusão dos argumentos decorre da soma de três elementos: a) modelo deliberativo de tomada de decisão (*decision-making*), e, b) os próprios argumentos utilizados, c) bem como sobre a maneira como eles são utilizados.

*Triângulo da Violência Argumentativa*¹⁸²



Pelo que vimos de abordar, apenas não se mencionou expressamente durante o texto a questão da disputa incivil, o último dos vértices do triângulo, uma vez que anarquia argumentativa já foi abordada na análise sobre a dualidade *seriatin v. per curiam*, e os

¹⁸² A expressão, e a figura “Triângulo da Violência Argumentativa”, repita-se, foram inspirados na referência contida na nota n. 39, supra.



argumentos *ad terrorem* quando da indicação de membros para o tribunal, especialmente no caso de rejeição de Robert Bork e os efeitos negativos do medo causado em John Roberts que se refugiou em uma metáfora, referindo não enfrentar de maneira aberta a questão de sua visão sobre o papel do Juiz.

Propositamente deixamos apenas um item sobre a questão de sua prática nas deliberações decisórias dos Tribunais, visando conferir maior liberdade argumentativa e auxiliar na explanação/compreensão dos argumentos. Falamos da disputa impregnada de incivildade, conhecida e debatida nos Estados Unidos desde a década de 1990 como “*Rambo Tactics*”, sustentando que pode ser usado não apenas pelas partes, mas pelos juízes, desembargadores e ministros de toda e qualquer causa.

A expressão remonta ao personagem cinematográfico “John Rambo”, o “exército de um homem só” (*one-man army*) que destruiu sozinho o exército vietnamita do norte e ainda destruiu um “império do mal” erigido no Afeganistão. E ele estaria de volta em um ambiente diferente, desta vez, nas Cortes judiciais, representando decepção, sujeira, intimidação e a total falta de civilidade na litigância processual, muito embora existam normas pregando a civilidade¹⁸³.

Há a presença de ataques *ad hominem*, - ofensas pessoais, que seriam bastante representativas pela consideração de que aqueles que possuem os fatos ao seu lado, alegam os fatos, e aqueles que possuem o direito, alegam o direito, mas aqueles que não possuem nem uma coisa e nem outra, gritam alto e batem na mesa, na expressão americana: “*pound the table and yell loud*”¹⁸⁴.

Como mencionado na alegação de disputa incivil no âmbito do “triângulo da violência”, como ameaça à democracia monitória, há disfarce pseudodemocrático, mas que os protagonistas das “guerras incivis” vivem segundo regramento próprio e elementar de conduta, praticando assassinatos contra civis inocentes, eles amputam as mãos e as genitais do

¹⁸³ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 81.

¹⁸⁴ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts”, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 85-88.



“inimigo”, cortam suas línguas, e até encham suas bocas com pedras, forçando as vítimas a engoli-las, destruindo cemitérios, executando estupro contra mulheres, praticando o envenenamento ou a queimada de alimentos e da terra, derramando no solo o sangue das vítimas, garantindo que não houvessem expectadores inocentes, tratando cruelmente aqueles que viessem a pedir calma, garantindo que os violados e os violentos fossem profanados, com batismos de sangue, “tornados cúmplices de crimes malignos”¹⁸⁵.

As alegações acima podem ser transportadas, ainda que de maneira triste e metafórica, para as disputas incivis no caso da “violência argumentativa”. Observe-se a alegação de José Ignácio Botelho de Mesquita que opõe uma diferenciação entre o “processo civil” contra um “processo incivil”. Neste, a lei não importa, diz o autor, aliás, no mais das vezes a lei representa uma espécie de estorvo a ser posto de lado “enquanto os objetivos não são totalmente realizados, vencidas todas as resistências”, e se a lei for cumprida, ou não, para o processo incivil é apenas indiferente¹⁸⁶.

O “*Rambo litigator*” não está preocupado com argumentos (da maneira como mencionado, argumento é “elemento linguístico” pois se exterioriza por meio da linguagem, destinado à persuasão eficiente, em cuja eficiência se estabelece a necessidade de fazer com que o destinatário dos argumentos (quaisquer pessoas que os ouçam) creiam nas premissas e nas conclusões do retor, vale dizer, aquele que argumenta¹⁸⁷). O “*Rambo litigator*” está preocupado com os fins perseguidos, praticando a violência necessária para alcançá-los, com a dose necessária de arbitrariedade que o permeia¹⁸⁸.

Aquele que pratica disputa incivil usa a rudeza como sua mais poderosa arma, mostrando desrespeito, como um sinal de “força contra a adversidade”¹⁸⁹, usando “táticas de

¹⁸⁵ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 710.

¹⁸⁶ Cuida-se de publicação da última aula magna do referido professor da Universidade de São Paulo, no dia 01.06.2005 em virtude de sua aposentadoria. Cfr: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Processo Civil e Processo Incivil*, Revista de Processo, Vol. 131, 2006.

¹⁸⁷ GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 23.

¹⁸⁸ ARENDT, Hanna. *Sobre a Violência*. Trad. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013), p. 18.

¹⁸⁹ MATHESON, Wendy. *Civility: Ten Litigadores to watch out for*, The Advocates Society Journal, Vol. 25, nº 1 (2005).



intimidação”, que pode até ficar bem no cinema, mas se autodestrói em um tribunal¹⁹⁰. Nos filmes, “Rambo” luta nas selvas com balas zunindo em seus ouvidos, mas no Direito, os “*Rambo Litigators*” da vida real invadem as salas dos tribunais gritando obscenidades, constrangendo demais juízes, partes e advogados, os tratando como inimigos, com o uso de linguagem verbal suja¹⁹¹.

Em certa medida, juristas em tribunais devem exercer o papel de pacificadores, evitando agir como heróis de cinema, *e.g.* Rambo, e procurando seguir o exemplo de quem sugeriu a quebra do ciclo interminável de insulto e retaliação, que leva a destruição mútua¹⁹². Civilidade é o ato de tratar outras pessoas com cortesia, dignidade e afabilidade, e conforme asseverado por Raymond Ripple, um dos componentes do problema da civilidade é que muitos integrantes das profissões jurídicas ficam confusos sobre o que significa o termo “civilidade”, e deve ser estimulada a prática e a aprendizagem do termo do lado de fora do furacão, mais especificamente nas faculdades de Direito¹⁹³. Há a lamentação expressa na frase de que infelizmente a argumentação tornou-se vencer ou vencer, impor um ponto de vista, a qualquer custo: “vencer não é qualquer coisa, é a única coisa”¹⁹⁴.

Somadas, argumentação *ad terrorem*, anarquia argumentativa e disputa incivil representam o pesadelo para qualquer processo, em que as razões devem ser claramente postas, para convencimento de quaisquer ouvintes, e juntos, ferem de morte a democracia monitória, representando a barbárie em sua mais vigorosa face.

¹⁹⁰ REAVLEY, Thomas. *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, 17 *Pepp. L. Rev* 3 (1990), p. 637-655.

¹⁹¹ CARY, Jean. *Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation*, 25 *Hofstra L. Rev.* 561 (1996).

¹⁹² PERRIN, L. Timothy. *Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation*, 32 *Pepp. L. Rev.* 2, (2005).

¹⁹³ RIPPLE, Raymond M. *Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School*, 15 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 359 (2001).

¹⁹⁴ ASPEN, Marvin E. *The Search for Renewed Civility in Litigation*, 28 *Val. U.L. Rev.* 513 (1994).



4. Considerações Finais

A agenda decisória dos tribunais superiores, supremos e constitucionais deveria ser eleita em consenso, ou extremamente fiscalizada, monitorada pela população, já que é demasiado complexo falar-se em eleição popular dos juízes destas cortes, e os Magistrados do Tribunal não podem escolher quais casos julgar, pois estarão, como na observação de Richard Posner, decidindo um caso à frente do seu tempo¹⁹⁵.

Em uma democracia dita “monitória”, todas as decisões de manejo do poder devem ser alvo de escrutínio e vigilância, conforme essência do termo “monitorar”, mas é complicado pensar em tribunais como uma espécie de 3º turno das eleições¹⁹⁶, ou como o 33º Partido Político¹⁹⁷, com as complexidades daí advindas.

As alegações e pesquisas empreendidas, abordaram um novo e complexo tipo de democracia, chamada de “democracia monitória”, cuja existência é ameaçada pelos elementos constituintes do denominado “triângulo da violência”, constituído por “anarquia nuclear”, “terrorismo apocalíptico” e “guerra incivil”, e tais questões serviram de inspiração para o tratamento de uma igual ameaça para a democracia, por intermédio do “triângulo da violência argumentativa”, composto por “anarquia argumentativa”, “argumento *ad terrorem*” e por uma “disputa incivil”.

No que toca a anarquia argumentativa, os modelos de “*decision-making*” dos tribunais precisam ser refletidos na academia, sobre qual seria o modelo mais adequado, se o modelo de opinião da corte (*per curiam*) ou se o modelo em que cada julgador emite uma opinião (*seriatim*), e tais discussões devem observar a historicidade e os exemplos concretos de sua construção através do tempo, mais especificamente no caso brasileiro em que 15 ministros

¹⁹⁵ POSNER, Richard “Entrevista”, *The Court: a talk with judge Richard Posner*, by Eric J. Segall, *The New York Review*, pp. 47-49, September 29 (2011).

¹⁹⁶ A expressão “Terceiro Turno”, busquei no reflexivo livro de NOLETO, Mauro. *Terceiro Turno: crônicas da Jurisdição Eleitoral*. Imperatriz: ética, 2008.

¹⁹⁷ Conforme lista do site do TSE, acessado em 03.07.2014, temos atualmente 32 (trinta e dois) partidos políticos, sendo o registro mais antigo pertencente ao PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro, cujo deferimento se dera em 30.06.1981, e os registros mais recentes ao PROS – Partido Republicano da Ordem Nacional, e ao SD - Solidariedade, ambos com deferimento de registro em 24.09.2013. cfr: Brasil, Partidos Políticos registrados no TSE, disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>, acesso em 02.07.2014.



foram aposentados compulsoriamente provavelmente por opiniões que emitiram em julgamentos, com a observação de que julgamentos da suprema corte americana podem esconder muitas questões obscuras que preservam os julgadores, mas podem abrigar acertos institucionais inconfessáveis.

A maneira pela qual os argumentos são lançados, igualmente deve observar a alta complexidade das “*rationis decidendis*”, com a necessidade de se discutir urgentemente, não apenas porque temos a possibilidade de chegar a 11 espécies distintas de razões de decidir, mas porque não temos como falar em jurisprudência, no máximo em maneira nativa de apreciar precedentes, conforme discutido no texto a partir do diálogo com Pierluigi Chiassoni, Jefferson Guedes, Edson Fachin e José Rodrigo Rodriguez.

Os argumentos *ad terrorem*, podem marcar a escolha e a disputa entre facções políticas para ingresso em tribunais, e conduzir a efeitos deletérios, como o incentivo de que os debates futuros, permeados pelo medo, se escondam atrás de metáforas pouco nítidas e com claro viés de fuga, como o famoso leão da montanha.

As disputas incivis, representadas na figura de “*Rambo litigators*”, discutido nos Estados Unidos desde a década de 1990, representam a bala de prata que se dirige ao coração da democracia, com trejeitos de violência e intimidação, a troca dos meios pelos fins, e pouco importa para esta figura a ordem dos fatores, causa isoladamente, e em conjunto com as demais figuras e vértices do triângulo, a maior ameaçada da democracia monitória.

5. Referências Bibliográficas

ALEXANDER, Larry. ‘Comigo, é tudo ou nada’: formalismo no direito e na moralidade. trans. Thalia Cerqueira, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, Editado por José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.



ALSTYNE, William W. Van. A Critical Guide to Marbury V. Madison, 18 Duke Law Journal 1-47, 1969.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ARAÚJO, António. A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Análise Social, Quarta Série*, Vol. 30, No. 134 (1995).

ARENDR, Hanna. Sobre a Violência. Trans. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ASPEN, Marvin E. The Search for Renewed Civility in Litigation”, 28 Val. U.L. Rev. 513 (1994)

BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas, in Bacha, E. L. Os mitos de uma década. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

BALEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal, Êsse Outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOECHAT RODRIGUES, Lêda. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Civas, Tomo I (1891-1898), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.



BORK, Robert. Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary. Heritage Lectures, n 1147, (2008).

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Processo Civil e Processo Incivil. Revista de Processo, Vol. 131, 2006.

CABRAL RODRIGUES, Paulo César. Atos de Fala e Ideologia - A violência Linguística no Discurso da Revista Veja Sobre as Favelas. LLM diss., Universidade Estadual do Ceará, 2012.

CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II, edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938.

CALMON DE PASSOS, J. J. Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, em; J. J. Calmon de Passos, "Ensaio e Artigos, V. I". Salvador: Juspodivm, 2014.

CARY, Jean. Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation", 25 Hofstra L. Rev. 561 (1996).

CHAER, Márcio. Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem. Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, accessed July 2, 2014, <http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>.

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

CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 Green Bag 2D 17, (2013).

CONFIRMATION HEARING on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One



Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.

DA SILVA, Virgílio Afonso; MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz; COUTINHO, Diogo. A hora do Senado, Tendências e Debates, Jornal Folha de São Paulo, 30 de setembro de 2009, accessed July 2, 2014, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3009200909.htm>.

DREYFUSS, René Armand. 1964: A Conquista do Estado. Ação Política, Poder e Golpe de Classe, trans. Laboratório de Tradução da Faculdade de Letras da UFMG, Petrópolis: Vozes, 1981.

DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. *The New York Review of Books*, Vol. 34, n. 13. (1987).

ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidade como principio de decisión, trans. Carlos Gardini, Barcelona: gedisa editorial, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Entrevista. Texto temático sobre “Um País sem jurisprudência”, enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, ocorrido no âmbito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, em Brasília, ocorrido de 28 à 31 de julho de 2014.

FAGUNDES TELLES, Lygia. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras, como quarta ocupante da Cadeira nº 16, eleita em 24 de outubro de 1985, na sucessão de Pedro Calmon. 12 de maio de 1987, accessed July 31, 2014, <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=666&sid=194>

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, Trans. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FISCHER, Judith D. Incivility in Lawyers’ Writing: Judicial Handling of Rambo Run Amok, *Washburn Law Journal* Vol. 51, (2001).

FUCK, Luciano Felício. *Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.



GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GALLOTTI, Luiz. [Discurso]. In: *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 4.*, 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça*, 16 dez. 1968.

_____. [Discurso]. In: *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1.*, 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados. *Diário da Justiça*, p. 285-286, 6 fev. 1969.

_____. Pires e Albuquerque. In *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos*, in: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25. Brasília: Ed. UnB, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

_____. *A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965)* - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. "Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014.

HAACK, Susan. *O Crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na Ciência e no Direito*, trans. Rachel Herdy, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, (2004).

HOCHSCHILD, Adam S. *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*. *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000).



HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HUNTINGTON, Samuel P. *Democracy's Third Wave*. *Journal of Democracy* vol. 2, n. 2 (1991).

KANNER, Gideon. *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, *Loy. L. A. L. Rev.* 81 (1991).

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trans. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

_____. *The Origins of Monitory Democracy*. *The Conversation*, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.theconversation.com/the-origins-of-monitory-democracy-9752>>, acesso em 08.07.2014.

_____. *The Triangle of Violence*. *New Statesman* - May 23, 2002, Disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 08.07.2014.

KENNEDY, Duncan. *Formalismo Jurídico*. trans. Sheila Stolz, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

LACERDA, Rodrigo. *A República das Abelhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Leal, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial: Ministro Oroszimbo Nonato*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997.

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*, *Revista da AJURIS* nº 49, jul./1990.

MAKLOUF CARVALHO, Luiz. *Data Venia, o Supremo*. *Revista Piauí*, Edição 47, Agosto de 2010.

_____. *O Supremo, quousque tandem?*. *Revista Piauí*, Edição 48, Setembro de 2010.



MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Poder: Quadro Mental Paranóico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Conjur de 14 de julho de 2014.

MARGOLICK, David; PERETZ, Evangelina; SHNAYERSON, Michael. Vanity Fair: The Path to Florida. Truthout, December 16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, accessed July 2, 2014, <http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>.

MARKHAM, James. Against Individually Signed Judicial Opinions. Duke Law Journal, vol. 56, (2006).

MARTINS, Rui Cunha. O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MATHESON, Wendy. Civility: Ten Litigadores to watch out for”, The Advocates Society Journal, Vol. 25, nº 1 (2005)

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952).

MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje, 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOLETO, Mauro. Terceiro Turno: crônicas da Jurisdição Eleitoral. Imperatriz: ética, 2008.

_____. Memória jurisprudencial: Ministro Epitácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

NOMINATION OF ROBERT H. BORK to be associate justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred



Congress, First Session, on S. J-100-64, Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States, September 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 and 30, 1987, 100rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1989.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Julgamento do STF e perda de mandato parlamentar, Blog do Professor Amaury, Disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com.br/2012/12/julgamento-do-stf-e-perda-de-mandato.html>>, acesso em 2.07.2014.

OBAMA, Barack. Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text, disponível em: <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

ORWELL, George. You and the Atom bomb, Tribune, October 19, 1945, disponível em: <http://orwell.ru/library/articles/ABomb/english/e_abomb>, acesso em 02.07.2014.

PERRIN, L. Timothy. Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation, 32Pepp. L. Rev. 2, (2005).

PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado, 3ª ed. Rio de Janeiro: HUNOS, 1972.

_____. Culpa e Castigo de um Magistrado, 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

POGREBINSCHI, T. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. The New York Review of Books, September 29, 2011, Vol. 58, n 14. (2011).

RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice. Washington: People For the American Way, 2012.



REAVLEY, Thomas. Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics”, 17 Pepp. L. Rev 3 (1990)

RIPPLE, Raymond M. Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School”, 15 Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y 359 (2001)

ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013.

_____. O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. Phd diss., Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2006.

ROSE, Winfield H. Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution. Political Science & Politics, pp.209-214, apr. 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARTORI, Giovanni. Teoria Democrática. Trans. Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1965.

SARAMAGO, José. Democracia e Universidade. Lisboa/Pará: Fundação José Saramago/Ed. UFPA, 2013.

SCHAUER, Frederick. Formalismo, trans. Diego Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner, in A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHELPER, Lochlan F. Special Juries in the Supreme Court, The Yale Law Journal 123 (2013).

SOMIN, Ilya. The Borkean Dilema: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy. The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 80, (2013).



SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOSA WAGNER, Francisco. *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975: com lecciones para la España actual*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

STEWART, David O. *A Chorus of Voices*, *American Bar Association Journal*, vol. 77, nº 50, (1991).

STRECK, Lênio Luiz. *O Ativismo e a Judicialização: De Como os Números Podem Velar o Fenômeno*, in *Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O Debate sobre novos sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juízes*, ed. José Luis Bolzan de Moraes e Flaviane de Magalhães Barros, 144-155. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SUMERS, Robert. *O Caráter formal do Direito*, trans. Manoel Trindade, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUSTEIN, Cass. *Deve o formalismo ser defendido empiricamente?* trans. Felipe Douverny, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAMANAH, Brian. *“Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito”*, trans. Thalia Simões e Rubens Glezer, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Gonçalo M. *Breves notas sobre o poder*. In *Granta*, nº. 2, Poder. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013.

TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*. New York: Norton & Company 70, 2013.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

VESPAZIANI, Alberto. *Towards a Hermeneutical Approach to Legal Metaphor*, Editado por Thomas Bustamante e Oche Onazi. *“Human Rights, Language and Law. Proceedings of the 24th*



World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. II, Edited by Thomas Bustamante and Oche Onazi. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review, trans. Adauto Villela, in Legitimidade da Jurisdição Constitucional, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review, *The Yale Law Journal* 115 (2006) 1346-1406.

WEINRIB, Ernest. A teoria do formalismo jurídico, trans. Catarina Barbieri, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil, *RDA - Revista de Direito Administrativo* 209, 2013.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *The Brethren: Inside the Supreme Court*. New York: Simon and Schuster, 1979.

YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, *80 U Chi L Rev Dialogue* 257 (2013).