XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO MODELO DECISÓRIO SERIATIM: SOBRE ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS E DESACORDOS QUASE COMPLETAMENTE NÃO TEORIZADOS

OBLIGATION TO STATE REASON IN SERIATIM DECISION-MAKING MODEL: ABOUT INCOMPLETELY THEORIZED AGREEMENTS AND ALMOST COMPLETELY UNTHEORIZED AGREEMENTS

Roberta Maia Gresta

Resumo

O presente artigo tem por tema o adequado desempenho do dever de fundamentação inscrito na CR/88, art. 93, IX. Indaga-se se é problemática a adoção de acordos parcialmente teorizados como fundamentos decisórios no caso específico do controle concentrado de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal. Para responder a essa indagação e investigar seus desdobramentos, é adotado como referencial teórico o instituto da isomenia, que, na teoria neoinstitucionalista do processo, promove o exercício de uma simétrica paridade interpretativa (direito igual de interpretação) entre destinadores e destinatários da decisão, de modo a exigir daqueles a exposição clara das premissas teóricas que encaminham o resultado do julgamento. Considerada a exigência de contextualização desse problema no âmbito das capacidades e limitações próprias a cada instituição, são suscitadas distinções entre o modo de atuação do STF e da Suprema Corte norte-americana, especialmente no que concerne ao modelo decisório e ao modo de apresentação dos entendimentos dos juízes. Adverte-se para o risco de que o modelo decisório seriatim, se associado a uma tendência de redação extensa e dispersa dos votos, acarrete a resolução de questões relevantes por meio não apenas de acordos parcialmente teorizados, os quais não implementam o adensamento teórico exigido pela isomenia, mas também de desacordos quase completamente não teorizados, dada a dificuldade de se identificar a premissa teórica fundamentadora da decisão. Ao final, apontam-se possíveis efeitos dinâmicos positivos resultantes do adensamento teórico dos votos proferidos no modelo decisório seriatim.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional, Princípio do contraditório, Legitimidade decisória no controle de constitucionalidade, Isomenia

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on due performance of the obligation do state reasons, which is prescribed in Brazilian Constitution (CR/88), rule 93, IX. It investigates whether it is problematic to adopt incompletely theorized agreements as decision-making foundations in the specific case of the judicial review hold by Supremo Tribunal Federal (STF). To answer this question and to investigate its consequences, it is adopted as a theoretical reference the institute of isomenia, which, in neo-institutionalist theory of process, promotes the exercise of symmetric interpretation parity (equal right to interpretate) between adressers and

addressees of the decision, in a way that demands from those a clear exposition of the theoretical assumptions that direct the outcome of the trial. Considered the need for contextualization of this problem within the capabilities and limitations owned by an specific institution, the article draws a distinction between the STFs and US Supreme Courts operational mode, especially regarding to the decision-making model and the way judges submits their understanding to the court. It adverts against the risk that the seriatim decision-making model, if associated with a tendency of extensive dispersed votes writing, may result in the resolution of relevant issues not just through incompletely theorized agreements, which do not implement the theoretical depth required by isomenia, but also through almost completely non theorized disagreements, given the difficulty of identifying the theoretical premise that grounds the decision. Finally, the article points to possible positive dynamic effects resulting from the theoretical depth of the votes cast in seriatim decision-making model.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucional hermeneutics, Adversarial principle, Decisonal legitimacy in judicial review, Isomenia

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema o adequado desempenho do dever de fundamentação das decisões judiciais, a ser investigado a partir da conexão entre Constituição, hermenêutica e processo. Essa conexão temática é propiciada porque a Constituição brasileira de 1988 – CR/88 – estabelece para todos os órgãos do Poder Judiciário o dever de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade (CR/88, art. 93, IX). Esse dever de fundamentação se conecta ao devido processo legal por meio da compreensão do contraditório como um "trinômio estrutural [...] – informação-reação-diálogo – que se instala na dinâmica do procedimento" e impõe ao órgão julgador o enfrentamento dos argumentos debatidos no processo ao justificar "as razões pelas quais a decisão foi proferida" (BRÊTAS, 2010, p. 101-128 *passim*).

Dentro dessa temática, apresenta-se, como problema central do artigo, a questão quanto ao modo pelo qual os órgãos judiciários podem, ou devem, adequadamente adimplir com esse dever de fundamentação. Em geral, tem sido relegado à própria jurisprudência estabelecer os parâmetros para tanto, havendo reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ – nos quais se afirma que "O juiz não é obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte, tampouco a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, sobretudo quando já encontrou motivos suficientes para decidir o feito" (BRASIL, STJ, 2013). Mais recentemente, contudo, o Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 – , que terá vigência a partir de 16 de março de 2016, busca imprimir um novo direcionamento à questão, estabelecendo expressamente situações em que não se considerará fundamentada a decisão, as quais podem ser associadas à inobservância do elemento *diálogo* que integra o trinômio estrutural do contraditório[1].

A justificativa da pesquisa reside em que, ainda que o CPC/2015 venha a promover uma modificação na compreensão do dever de fundamentação quanto à integração do elemento *diálogo* – ou seja, esperando-se, como resultado positivo, que os órgãos judiciários

[1] Cabe transcrever o teor do art. 489, §1º: "§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento." (CPC/2015, art. 489, §9º).

assimilem que *é sua tarefa responder adequadamente* aos argumentos debatidos no processo – mantém-se em aberto a dúvida sobre a extensão e a profundidade desse diálogo – ou seja, *em que consiste uma resposta adequada* no âmbito de um julgamento.

O objetivo do trabalho é testar em que medida essa pergunta pode ser respondida por meio de *acordos parcialmente teorizados* – apresentados por Cass Sunstein como condição de possibilidade do próprio constitucionalismo que permitem aos membros da sociedade trabalhar juntos e manter o respeito mútuo apesar de profundas discordâncias sobre questões fundamentais e sobre teorias constitucionais (SUNSTEIN, 2007). Assumindo-se, com Sunstein, que esses acordos são essenciais para a convivência política, indaga-se: seriam também elementares da atuação dos órgãos judiciários e, assim, representariam um limite legítimo ao quanto se pode exigir desses órgãos por força do dever de fundamentação?

Essa indagação pode ser suscitada frente a todas as instâncias judiciárias e merecer diversas abordagens. O presente artigo, contudo, pretende abordá-la em um recorte passível de aproveitamento para futuros estudos de caso envolvendo a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF – no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Esse recorte é adstrito a dois aspectos específicos dessa atuação: 1) um, formal, que é o modelo de julgamento *seriatim*, no qual cada voto é proferido como se fosse uma decisão inteira; 2) outro, material, que diz respeito à indicação de teorias mais ou menos abrangentes na fundamentação dos votos.

Dentro desse recorte, propõe-se refletir se a coerência teórica, institucional (do julgamento frente ao histórico de decisões do tribunal) ou por julgador (do voto proferido frente a seu histórico de votações), é um requisito decorrente do dever de fundamentação inscrito na CR/88. O artigo, por suas limitações, não ambiciona responder a questão, mas, sim, esboçar uma possível premissa da aferição da legitimidade decisória, no caso brasileiro do controle concentrado de constitucionalidade.

A vertente metodológica adotada é a jurídico-teórica (GUSTIN; DIAS, 2001, p. 23), uma vez que se pretende debater as concepções teóricas que podem aportar como fundamentadoras de uma hermenêutica compatível com o dever de fundamentação. No enfrentamento do problema posto, o principal referencial teórico será o instituto da *isomenia*, extraído da teoria neoinstitucionalista do processo, elaborada por Rosemiro Pereira Leal, que propugna a estabilização teórica dos sentidos como premissa da atividade hermenêutica democrática capaz de assegurar a destinadores e destinatários da decisão o direito igual de

interpretação (LEAL, 2010). A investigação será jurídico-interpretativa, valendo-se do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus diversos aspectos.

Ao final, pretende-se abrir uma nova questão: estarão os tribunais brasileiros, ao pretender fundamentar suas decisões, se valendo de acordos parcialmente teorizados (*incompletely theorized agreements*) ou, então, estarão se valendo do que se pode mais propriamente denominar *desacordos quase completamente não teorizados* (*almost completely untheorized desagreements*)?

2 A COMPREENSÃO DOS *ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS*

A tese dos acordos parcialmente teorizados é elaborada por Cass Sunstein a partir da seguinte indagação: "Como o constitucionalismo é possível, quando as pessoas discordam sobre tantas questões acerca do que é bom e do que é certo?"[2] (SUNSTEIN, 2007, p. 1).

Sunstein (2007) se propõe a investigar dois tipos de *acordos parcialmente teorizados* que desempenham um papel crucial para tornar possível a vida e a lei sob a égide das Constituições: os *acordos sobre formulações abstratas* (tais como a liberdade de expressão e a igualdade perante a lei) e os *acordos sobre doutrinas e práticas específicas*. Seu argumento é que esses acordos permitem aos membros da sociedade trabalhar juntos e manter o respeito mútuo apesar de profundas discordâncias sobre questões fundamentais e apesar de raramente haver concordância sobre teorias constitucionais.

O autor apresenta duas direções em que operam aqueles acordos parcialmente teorizados.

Os acordos sobre formulações abstratas propiciam que as pessoas, mesmo discordando sobre temas específicos, sejam capazes de partilhar a aceitação de uma ideia mais abstrata. O exemplo dado é que pessoas que discordam sobre os temas da incitação à violência e do discurso de ódio podem, ainda assim, aceitar um princípio geral de liberdade de expressão (SUNSTEIN, 2007, p. 2).

Já os acordos sobre doutrinas e práticas específicas apontam para a possibilidade de que seja deixada incompleta a teorização de determinada regra ou doutrina a fim de que se possa, no caso prático de difícil solução, chegar-se a um resultado concreto. Pelo mecanismo

[2] No original em inglês: "How is constitutionalism possible, when people disagree on so many questions about what is good and what is right?"

.

da *descida conceitual* (*conceptual descent*), as pessoas reduzem o nível de abstração da discussão para alcançar uma decisão que contemple um resultado para o qual podem convergir ainda que divirjam (ou mesmo deixem sem explicação) as teorias que fundamentam seu ponto de vista. Por exemplo, as pessoas podem concordar em estabelecer uma medida protetiva à liberdade religiosa sem chegar a acordo se isso se deve à necessidade de paz social, ao respeito à dignidade humana, à razão utilitária ou a um imperativo divino. Sob esse viés, Sunstein afirma que "o silêncio pode ser uma força construtiva"[3] (SUNSTEIN, 2007, p. 2).

Em resposta a uma eventual crítica à teorização parcial como uma falha ou sintoma de um problema grave, Sunstein admite que "não seria sensato celebrar a modéstia teórica a todo tempo e em todos os contextos", havendo ocasiões em que há "informação suficiente e acordo suficiente para que se seja muito ambicioso"[4], ou mesmo casos que exijam essa postura (SUNSTEIN, 2007, p. 13). Pondera o autor, todavia, que, diante da falibilidade dos juízes e das exigências da vida privada e pública, há que se considerar que o que é deixado fora da decisão pode ser tão importante quanto o que se aborda. Assim, o "silêncio – sobre algo que se mostre falso, obtuso ou excessivamente contencioso – pode ajudar a minimizar o conflito, permite que o presente aprenda com o futuro e economiza uma grande dose de tempo e recursos"[5] (SUNSTEIN, 2007, p. 13).

São usos construtivos do silencio destacados pelo autor: 1) propiciar estabilidade social, comprometida caso desacordos fundamentais irrompessem a todo instante; 2) possibilitar o convívio entre as pessoas, que podem experimentar a reciprocidade, o respeito mútuo e até a caridade, de modo a desenvolver uma vida em comum sem produzir antagonismos desnecessários[6]; 2.1) evitar que juízes e outros agentes públicos ponham à prova os compromissos mais profundos e decisivos da comunidade se a vida pode prosseguir

---

[3] No original em inglês: "[…]silence can be a constructive force."

[4] No original em inglês: "[…] it would not be sensible to celebrate theoretical modesty at all times and in all contexts. Sometimes participants in constitutional law and politics have sufficient information, and sufficient agreement, to be very ambitious. Sometimes they have to reason ambitiously in order to resolve cases."

[5] No original: "Silence—on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious—can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense."

[6] Essas colocações se aproximam do *princípio da economia do desacordo moral* (GUTMANN; THOMPSON, 2004), segundo o qual, na democracia deliberativa, deve-se *economizar desacordos* quando se pode chegar a um acordo sobre um determinado ponto.

sem esse desgaste[7]; 3) reduzir o custo político dos desacordos persistentes, pela desconexão dos resultados obtidos na solução de controvérsias de teorias abstratas sobre o certo e o errado, já que os vencidos podem se submeter à decisão sem renunciar a seus ideais maiores; 4) propiciar a evolução moral e o progresso ao longo do tempo, pois a definitividade teórica é marca de uma cultura "rígida e calcificada" que desserve à posteridade "a menos que a teorização completa seja livre de erro"[8] (SUNSTEIN, 2007, p. 14).

A posição de Sunstein quanto à adoção dos acordos parcialmente teorizados na fundamentação das decisões fica clara quando o autor afirma que os "acordos parcialmente teorizados podem funcionar como pilares tanto de regras quanto de analogias, e tais acordos são especialmente convenientes para os limites de diversas instituições, inclusive parlamentos e tribunais"[9] (SUNSTEIN, 2007, p. 3-4). Essa posição se associa a duas ordens de preocupação do autor: a limitação dos juízes e dos órgãos judiciários (no que diz respeito à capacidade individual e institucional) e o risco de que a ambição por teorizações profundas se torne um empecilho ao desempenho da tarefa judicante.

Mas cabe, então, redarguir, quanto à adoção de acordos parcialmente teorizados como fundamentos decisórios: 1) Não correm eles o risco de conduzir à acomodação dos juízes com as limitações existentes ou, pior, de encaminhar a elaboração de decisões sincréticas ou ecléticas de conveniência casuística em que não se identifique o fundamento decisório? 2) Não há, por parte dos juízes e tribunais, um dever de coerência inter-decisória que lhes imponha desenvolver uma linha de julgamentos ou votos amarrados por um alinhamento teórico definido?

3 OS ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS AVALIADOS SOB A PERSPECTIVA DA *ISOMENIA*

As questões postas ao final da seção anterior certamente não preocupam autores filiados ao pragmatismo judicial. Para um autor como Richard Posner, a prioridade de um juiz

---

[7] O que não será o caso, segundo Sunstein, se os compromissos se basearem em erros de fato ou lógica, se forem baseados na rejeição da dignidade humana e se seu enfrentamento for necessário para resolver um problema genuíno.

[8] No original: "If a culture really did attain a theoretical end-state, it would become rigid and calcified; we would know what we thought about everything. Unless the complete theorization were error-free, this would disserve posterity."

[9] No original: "Incompletely theorized agreements can operate as foundations for both rules and analogies, and such agreements are especially well-suited to the limits of 3 many diverse institutions, including legislators and courts."

pragmático é apresentar uma decisão que atenda às necessidades presentes e futuras, de modo que este juiz "não considera a manutenção da consistência com decisões passadas como um fim em si mesmo mas apenas como um meio de produzir os melhores resultados em um caso concreto" [10] (POSNER, 1996, p. 5). Aliás, Posner responde com bastante desembaraço ao menos à última pergunda formulada: "um juiz pragmático[...] não precisa ser reconhecido por um estilo de julgar característico"[11] (POSNER, 1996, p. 16).

Posner não descarta que uma certa consistência decisória tenha relevância para o pragmatismo judicial. Contudo, deixa claro que essa relevância não decorre de uma "obrigação com o passado" que imponha reconhecer autoridade aos precedentes judiciais mas decorre, sim, de serem os precedentes repositórios de conhecimento, de haver risco de produzir resultados ruins em caso de ruptura abrupta com aqueles e de serem úteis para elucidar os objetivos de determinada lei (POSNER, 1996, p. 5). Desse modo, pode-se considerar, sob a perspectiva do pragmatismo judicial, que a própria existência de uma exposição teórica como fio condutor da fundamentação decisória é, em si, um aspecto secundário – ou mesmo irrelevante – do exercício da função judicante.

Mas o próprio Posner adverte que o pragmatismo filosófico, bem como a adjudicação pragmática, são essencialmente norte-americanos e podem "não viajar bem para outros países" (POSNER, 1996, p. 18). Ainda que se possa avaliar, em tese, teorias e técnicas hermenêuticas distintas, para estabelecer um modelo idealmente melhor, não significa que esse modelo seja o mais exitoso em todas as realidades.

Por isso, deve-se apontar a relevância das perguntas formuladas ao final da seção anterior no contexto brasileiro. Diferentemente do percurso constitucional norte-americano, o caso brasileiro é marcado por rupturas – desde 1824, foram oito as Constituições brasileiras – e se encontra, desde 1988, frente a uma problemática específica de "efetivação dos potenciais emancipatórios" de uma Constituição que "é, ao mesmo tempo, garantia das liberdades e da democracia política, por um lado, e projeção de uma utopia igualitária, por outro" ou, ainda,

---

[10] No original: "The pragmatist judge has diferente priorities. That judge wants to come up with the best decision having in mind present and future needs, and so does not regard the maintenance of con-sistency with past decisions as an end in itself but only as a means for bringing about the best results in the present case."

[11] No original: "A pragmatic judge thus need not be recognizable by a distinctive style of judging. What would be distinctive would be that the style (of thinking – he might decide to encapsulate his thoughts in positivist or formalist rhetoric) owed nothing to ideas about the nature of law or the moral duty to abide by past decisions or some other nonpragmatic grounding of judicial attitudes."

"uma trincheira de resistência e uma carta programática"[12] (SOUZA NETO, 2003, p. 16-17). Assim, o que se quer compreender é em que medida o dever de fundamentação das decisões judiciais, inscrito na CR/88, absorve ou repele a adoção de acordos parcialmente teorizados como fundamento decisório legítimo.

Sendo esse o problema a ser enfrentado, é pertinente considerá-lo do ponto de vista de uma teoria da decisão jurídica elaborada no contexto constitucional brasileiro. Trata-se, aqui, da teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2002; 2009; 2010; 2013), que, conforme apresentada em outra ocasião (GRESTA, 2014), compreende o processo como espaço jurídico de exercício de uma cidadania dotada da prerrogativa de autoinclusão nos direitos fundamentais e de ampla fiscalidade dos atos estatais, em igualdade interpretativa com o Estado.

Não se pretende, no restrito espaço desse artigo, aprofundar a exposição da teoria neoinstitucionalista ou tampouco realizar seu cotejo com outras teorias do processo. Será aqui abordado, especificamente, um elemento da teoria neoinstitucionalista que diretamente interessa aos objetivos desse trabalho: a *isomenia.*

A isomenia é o "instituto operacional do princípio da legalidade" que oferta o "simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos" (LEAL, 2010, p. 271) e propicia o nivelamento dos componentes da comunidade jurídica ao estabelecer a *interenunciatividade* como premissa da produção da decisão judicial. A interenunciatividade é termo extraído da metodologia popperiana que indica "o uso dos níveis descritivos e argumentativos da linguagem" (LEAL, 2010, p. 186) e que demarcam, na teoria neoinstitucionalista, o exercício do contraditório[13].

---

[12] Isso, ao menos, na perspectiva do denominado "constitucionalismo brasileiro de efetividade" (SOUZA NETO, 2003, p. 17).

[13] Ressalte-se que contraditório, na teoria neoinstitucionalista, não é característica que conduz à especialização do procedimento (FAZZALARI, 2006), e, sim, princípio institutivo do processo. Isto é: o contraditório não comparece para assegurar a partes litigantes o dizer-contradizer associado a uma paridade tópica entre si, mas para assinalar que a lei deve ter seus conteúdos arguidos em paridade interpretativa entre os destinadores e os destinatários da decisão. Não é a existência de partes litigantes em um caso concreto que torna exigível o contraditório; é este que condiciona a legitimidade decisória à instituição de procedimentos *necessariamente processualizados*, isto é, que permitam a refutação de argumentos. Nesse sentido, confira-se a exposição de Andréa Alves de Almeida: "A regra suprema de proibição de vedação de liberdade significa que na democracia temos que reservar para o outro a ocupação dos espaços de refutação. A ocupação do espaço processual pelo outro tem por fim a intervenção no erro-problema, pois aí está a oportunidade de elaborar (enunciar) conjecturas. Por isso o seu fim não se limita a alcançar consenso e retratar a opinião pública. A liberdade na sociedade aberta consiste na possibilidade de fiscalização ampla e irrestrita das decisões do Estado por meio do método de eliminação de erro e não por meio da dialética. Isto se dá porque a liberdade demanda possibilidade de se desgarrar do dado da realidade (da condição dada), não para anular a realidade, mas para que o homem possa construir o seu próprio mundo de significados." (ALMEIDA, 2012, p. 88). Sob essa perspectiva, fica claro que o

Se a interenunciatividade é a premissa de um *direito igual de interpretação*, pode-se suscitar um problema em relação aos acordos parcialmente teorizados que subjazem às normas jurídicas. Estes acordos, como *consensos* necessários à possibilidade de convivência em sociedade (SUNSTEIN, 2007), são obtidos por meio da *intersubjetividade.* Pode-se supor, então, que a convivência harmônica demonstre certo êxito dos acordos parcialmente teorizados em lograr seus objetivos, porque a harmonia indica a prevalência – embora não arguida a que custo – de uma *interpretação igual* da norma. No entanto, essa *interpretação igual* associada à intersubjetividade é eminentemente distinta daquele *direito igual de interpretação* próprio da interenunciatividade, de modo que:

> É equívoco considerar que o nivelamento proporcionado pela isomenia guarde similitude com o resultado da ação comunicativa, pois é marcante a distinção entre intersubjetividade (habermasiana) e interenunciatividade (popperiana) na criação de sentidos. Naquela, a busca dialética pela síntese coloca como *meta* a *interpretação igual*, ou seja, o consenso, inclusive pela tolerância a contradições[14] – sem se interrogar o grau de violência social das contradições a serem *toleradas* em nome da *harmonia*. Diversamente, a interenunciatividade é um *ponto de partida* no qual se estabelece um *direito igual de interpretação* a ser exercido pela crítica e pela eliminação de erros. (GRESTA, 2014, p. 192-193)

Então, quando se instaura uma controvérsia quanto ao *significado* dos acordos parcialmente teorizados – a indicar ao menos a *ausência de consenso sobre qual é o consenso* –, já não se pode considerar que vigora uma *interpretação igual*. A norma, colocada sob suspeita, deverá ser interpretada em decisão vincada pelo dever de fundamentação. O que se questiona é se pode/deve o órgão competente para a resolução da controvérsia furtar-se à tarefa de expor a compreensão teórica que embasa a interpretação da norma. Em outras palavras, é exigível o adensamento teórico do acordo (consenso) subjacente à norma ou pode a decisão ser considerada fundamentada por recurso à tópica[15]?

---

contraditório é exigência de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, seja esta realizada no controle difuso (perante litigantes em um caso concreto) ou no controle concentrado de constitucionalidade (em que os destinatários da decisão são usualmente substituídos por *representantes adequados*).

[14] Aspecto da dialética para o qual chama a atenção Andréa Alves de Almeida (ALMEIDA, 2012, p. 88-90)

[15] A tópica consiste em um amálgama de "opiniões geralmente aceitas sobre qualquer problema a nós oposto e que serva de premissa para se chegar a conclusões dialéticas [...], a fim de se decidir com equilíbrio e prudência", que tem "como ponto de partida o *sensus communis* (senso comum) e as opiniões aceitas de todos, da maioria ou dos sábios (endoxa)". (ALMEIDA, 2012, p. 46-47). Trata-se de recurso decisional disponível em várias vertentes de teorização de sistema, tais como: sistema axiomático-dedutivo, no qual figura como fonte do direito (VIEHWEG, 2008); sistema axiológico-teleológico, em que a tópica assume dupla função, sendo *meio auxiliar* de preenchimento de lacunas e também *metodologia, tendente à sistematização,* de preenchimento de cláusulas gerais (CANARIS, 2002); sistema principiológico, em que "decisões históricas consistem no catálogo de *topoi*" (ALMEIDA, 2012, p. 52).

O problema do *desacordo* mereceu a atenção de Sunstein (2007), que não nega ser aquele "uma força produtiva e criativa, revelando erro, apontando lacunas, movendo a discussão e seus resultados em uma boa direção" (SUNSTEIN, 2007, p. 20). O autor admite que o acordo pode ser fruto de coerção, de falta de imaginação ou decorrer legitimamente do fato de que: a) as pessoas compartilhem compromissos mas discordem quanto a seus resultados específicos; b) a discordância quanto a princípios gerais gere discordância quanto a resultados específicos e também quanto a proposições de nível inferior. Nesse cenário, o desacordo permite que os resultados específicos e os princípios de nível inferior sejam testados frente a reivindicações mais amplas.

Uma vez que se deve sempre considerar o risco de que o resultado do acordo seja equivocado, Sunstein (2007) defende que os acordos parcialmente teorizados sejam objeto de crítica e avaliação, tanto em arenas democráticas quanto em tribunais, o que pode levar a um aprimoramento do direito constitucional, pela absorção de reflexões mais ambiciosas. O desacordo também demonstra ocupar o pensamento de Sunstein quando o autor afirma que "uma Constituição justa é mais importante que uma Constituição objeto de consenso"[16] (SUNSTEIN, 2007, p. 20). Embora o consenso compareça como elemento necessário à estabilidade, Sunstein admite como correto desestabilizar uma determinação constitucional injusta – aquele "grau de turbulência" que Thomas Jefferson considerava necessário à democracia (SUNSTEIN, 2007, p. 21).

Porém, sob a perspectiva da teoria neoinstitucionalista, o enfrentamento dos acordos parcialmente teorizados não reflete uma *desestabilização* constitucional, mas, ao contrário, uma *estabilização* dos sentidos normativos. Mais: trata-se de uma estabilização *teórica* do sentido da norma que é imprescindível para o adimplemento do dever de fundamentação. É essa estabilização que propicia a efetividade do contraditório e a fiscalidade do ato decisório, pois, por imposição da isomenia, o órgão judiciário não pode se apresentar como árbitro privilegiado da *interpretação do consenso*. Ou seja, não pode limitar-se a ditar uma interpretação da norma que, apenas, possa ser convenientemente conectada a um acordo parcialmente teorizado, enquanto a obscuridade quanto ao significado desse acordo – fato que gerou a controvérsia – permanece. Sua tarefa é mais árdua: primeiro, deve descortinar a premissa teórica constitucionalmente respaldada que deve encaminhar a decisão do caso concreto; em seguida, enfrentar as conjecturas formuladas no âmbito da controvérsia e,

[16] No original: "A just constitution is more important than an agreed-upon constitution."

somente então, após a refutação dos sentidos desautorizados por aquela premissa teórica, decidir a controvérsia.

A proposta da teoria neoinstitucionalista é, sem dúvida, audaciosa. Sua meta é propiciar a alteração do *interpretante*, que deixa de ser não apenas decisor (como propugnado pelo solipsismo) mas também o código social (como decorre da transposição do pensamento habermasiano para o processo), e passa a ser uma metalinguagem (devido processo) disponibilizada a toda a comunidade jurídica. Sem essa diretriz, a superação de níveis excludentes da realidade fica a depender ou do beneplácito do decisor ou da transformação radical (revolucionária) do código social. É uma meta de construção de uma sociedade democrática a partir de uma linguagem argumentativa disponibilizada para romper com a autorreprodução da cultura – o que muito importa, no caso brasileiro, dado o contraste de uma cultura excludente com a principiologia constitucional includente.

Todavia, a audácia da proposta não lhe suprime aplicabilidade prática no que concerne à crítica voltada para o aprimoramento das decisões judiciais. A isomenia indica, ao menos, que a decisão judicial precisa se posicionar quanto às teses debatidas no processo e que deve fazê-lo de modo teoricamente consistente. Caso contrário, o órgão julgador se aloja em um patamar de superioridade (argumentativa) em relação às partes, uma vez que a decisão não se vincula à resolução de questões conjecturadas a respeito da insuficiência de um determinado acordo parcialmente teorizado para assegurar a harmônica aplicação de uma norma. Desse modo, pode-se sustentar, em resposta à indagação acima feita, que algum grau de adensamento teórico do acordo parcialmente teorizado é exigível para a solução da controvérsia.

Por outro lado, não é exigível o *exaurimento* da teorização – mesmo porque a teoria neoinstitucionalista, assentada sobre a premissa popperiana de provisoriedade de todo o conhecimento, sequer cogita ser possível esse exaurimento. Quando se fala em *estabilização teórica* dos sentidos, não se sugere cristalização de teorias, mas, sim, a enunciação clara e prévia do referencial teórico apto a conduzir a decisão. Já o exaurimento da teorização corresponderia ao que Sunstein (2007, p. 10) denomina *acordo completamente teorizado*, ou seja, aquele em que são aceitos tanto uma teoria geral quanto uma série de desdobramentos que ligam essa teoria a conclusões concretas, o que é, para o autor, uma situação improvável.

Surge aqui um inusitado ponto de contato entre a exposição de Sunstein (2007) e a teoria neoinstitucionalista: em ambas, assume-se que *a teorização subjacente às normas jurídicas tem caráter parcial*. Mas a diferença está em como as teorias propõem aos órgãos

judiciários lidar com essa constatação. Para Sunstein (2007, p. 5-14), justifica-se que, em prol da estabilidade social, o julgador evite o caminho de promover o esclarecimento sobre princípios fundamentais e se valha de regras e analogias para decidir controvérsias sem tocar no cerne do acordo parcialmente teorizado. Já na perspectiva da teoria neoinstitucionalista, a isomenia exige a exposição da premissa teórica da decisão, a fim de que os destinatários dessa decisão possam submetê-la à crítica (em decorrência do igual direito de interpretação que lhes assiste) e controlar o resultado (por sua compatibilidade lógica com a premissa anunciada)[17].

Dessa última ordem de asserções decorre, inevitavelmente, um novo questionamento: como promover o adensamento teórico dos acordos parcialmente teorizados de modo a atender ao dever de fundamentação? O enfrentamento desse ponto se fará pela reflexão sobre o implemento do dever de fundamentação no modelo decisório *seriatim,* adotado pelo STF e pelos tribunais brasileiros. Nessa etapa, almeja-se demarcar a distinção do caso brasileiro em relação ao norte-americano, no qual elaborada a tese de Sunstein.

4 A QUESTÃO DO ADENSAMENTO TEÓRICO DOS ACORDOS PARCIALMENTE TEORIZADOS NO CASO BRASILEIRO

Ao final da seção 2, foi problematizada a proposta de Sunstein (2007) de que os acordos parcialmente teorizados sejam utilizados como fundamento de decisões judiciais, de modo a assegurar a convivência social sem realce a divergências sobre questões fundamentais. Na seção 3, apontou-se que, sob a ótica da teoria neoinstitucionalista do processo, essa estratégia não se mostra adequada à produção de decisões que permitam a seus destinatários acessar os fundamentos decisórios para promover a crítica da interpretação e o controle do resultado.

Nesse passo, ressaltou-se que: a) a intersubjetividade, na qual estabelecido o consenso social que propicia a manutenção de acordos parcialmente teorizados pela *suposição mútua de uma interpretação igual*, deixa de ser suficiente no momento em que surge o desacordo quanto ao sentido desse consenso; b) a interenunciatividade, que é a premissa para a solução

[17] Uma outra distinção deve ser apontada. Embora Sunstein não considere implementável esse grau de teorização, o autor avalia que se poderia considerar virtuosa uma teorização completa que se mostrasse *livre de erro* (*error-free*) (SUNSTEIN, 2007, p. 13-14). É uma hipótese nem mesmo tangenciada pela teoria neoinstitucionalista, que tem por matriz filosófica o racionalismo crítico de Karl Popper. Nessa matriz, o conhecimento é produzido não pelo verificacionismo, mas pelo falibilismo, que submete teorias ao *método de eliminação de erro* para testar sua resistência temporária e, não, para provar sua verdade, pois "todas as teorias são hipóteses; todas podem ser derrubadas" (POPPER, 1999, p. 39).

judicial da controvérsia *com respeito ao simétrico exercício do direito igual de interpretação*, demandará a exposição e a refutação de teorias pela argumentação, o que acarreta a exigência de um adensamento teórico que não é exigível no meio social.

Uma vez estabelecido, a partir das exigências da isomenia, que o adensamento teórico deve ser promovido nas decisões judiciais, coloca-se em dúvida a legitimidade das eventuais estratégias destinadas a meramente *aparentar* o adimplemento dessa tarefa. Apresenta-se ensejo, então, para enfrenta as duas questões formuladas ao final da seção 2, as quais concernem: (1) aos riscos de acomodação dos órgãos judiciários na estratégia de não esclarecimento dos acordos parcialmente teorizados, com possibilidade de agravamento pela produção de decisões sincréticas ou ecléticas de conveniência casuística em que não se identifique o fundamento decisório; (2) à possibilidade de reconhecimento de um dever de coerência inter-decisória que imponha a juízes e tribunais desenvolver julgamentos ou votos amarrados por um alinhamento teórico estabilizado.

Essa ordem de reflexões não deve ser dissociada de um parâmetro concreto de atuação dos órgãos judiciários. É o próprio Sunstein, em artigo em coautoria com Adrian Vermoule (SUNSTEIN; VERMEULE, 2012), quem fornece critérios para o estabelecimento de diretrizes da atividade hermenêutica a ser esperada de um determinado tribunal. Os critérios apresentados por Sunstein e Vermoule (2012) são a *capacidade institucional* e os *efeitos dinâmicos*. A capacidade institucional redireciona a pergunta sobre "como, em regra, um texto deve ser interpretado" para a pergunta sobre "como determinadas instituições, levando em conta suas habilidades e limitações características, devem interpretar um texto"[18] (SUNSTEIN; VERMEULE, 2012, p. 886). A seu turno, os efeitos dinâmicos consideram o impacto sistêmico de uma determinada técnica interpretativa adotada a partir de suas consequências para os atores sociais.

A aderência a esse critério faz com que se traga para o contexto brasileiro o problema da identificação de uma hermenêutica constitucionalmente adequada Desse modo, será introduzida uma reflexão passível de aproveitamento deste trabalho na análise de julgados do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

[18] No original: "The central question is not 'how, in principle, should a text be interpreted?' The question instead is 'how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?'"

4.1 O modelo decisório *seriatim*

Uma proveitosa tipologia das decisões dos tribunais constitucionais, a partir da história da Suprema Corte norte-americana, é elaborada por James Markham (2006), que toma por critério a atribuição da autoria do(s) entendimento(s) (*opinions*) apresentado(s) na decisão. Tem-se, conforme essa tipologia: 1) *Decisão seriatim*: cada juiz elabora seu julgamento independente e a decisão publicada contém todos os entendimentos, com identificação de seus autores individuais; 2) *Decisão per curiam*: é apresentado um único entendimento, considerado proferida pelo tribunal (*by the Court*), em geral aplicado aos casos de unanimidade ou de baixa complexidade jurídica; 3) O relator subscreve o entendimento, em seu próprio nome, mas indicando que fala pelo tribunal (*for the Court*), com o que se ocultam eventuais divergências[19]; 4) É apresentada uma decisão majoritária em nome do tribunal, com inscrição, ao final, dos entendimentos divergentes ou convergentes por fundamento diverso, em relação aos quais são indicados, nominalmente, os juízes que os proferiram ou que a eles aderiram (MARKHAM, 2006, p. 928).

A posição que Markham (2006) defende consistiria em um quinto tipo, resultante da crítica à atual prevalência do quarto tipo: uma decisão majoritária, em que seriam assinaladas as divergências (*dissents*) e as convergências como fundamentação diversa (*concurring*) associadas ao número de *juízes* votantes – *mas, não,* ao *nome* desses juízes. Em outras palavras, o autor, sem se convencer do argumento de que a identificação da autoria dos entendimentos assegura responsividade (*accountability*), transparência e independência, defende o anonimato dos entendimentos exarados pela Suprema Corte.

Para Markham, a identificação nominal dos entendimentos proferidos "acarreta um custo para a habilidade da [Suprema] Corte de se mostrar independente e acima da contenda política, além de dissipar a noção da [Suprema] Corte como algo maior que os nove indivíduos que a compõem"[20] (MARKHAM, 2006, p. 926). O autor reconhece que, na origem, a identificação dos entendimentos teve por motivação uma crítica às decisões do

---

[19] Conforme explica Markham, esse modelo se instaurou e prevaleceu durante o período em que John Marshall se tornou Chief Justice da Suprema Corte norte-americana e representou o fim abrupto da prática de votação *seriatim*. O novo modelo pretendia ampliar a autoridade institucional da Suprema Corte, mas teve por consequência esconder da sociedade as diferenças de posições entre os juízes. (MARKHAM, 2006, p. 929).

[20] No original: "Having a Justice's name attached to an opinion brings a measure of accountability and control to an otherwise secretive institution, but this accountability carries with it a cost in the Court's ability to appear independent and above the political fray, and detracts from the notion of the Court as something greater than the nine individuals who comprise it."

terceiro tipo que, preponderando na Corte Marshall, poderiam resultar de conclaves, imposições ou mesmo de adesão decorrente de inibição ou preguiça. Porém, "hoje, entendimentos em separado são frequentemente emocionalmente carregados e simplesmente reveladores de sentimentos pessoais dos Juízes sobre a matéria em discussão"[21] (MARKHAM, 2006, p. 931).

Essa crítica de Markham (2006) pode ser ilustrada por uma das mais recentes decisões disponibilizadas (*slip decisions*) no *site* da Suprema Corte, *Glossip v. Gross* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; 2015). A decisão ocupa 127 laudas. A opinião da Corte (*opinion of the Court*) foi redigida pelo Juiz Alito em 29 laudas, no sentido da constitucionalidade do uso de uma determinada droga na injeção letal utilizada pelo Estado de Oklahoma para executar a penas de morte. Descontadas as 4 laudas do resumo do julgado (*Syllabus*), as demais são dedicadas à redação em separado de entendimentos divergentes e convergentes. Os Juízes Breyer, Ginsburg, Sotomayor e Kagan dissentiram da opinião da Corte, havendo dois entendimentos escritos, de autoria de Breyer e Sotomayor. Embora os Juízes Roberts, Scalia, Kennedy e Thomas tenham acompanhado a opinião da Corte, Scalia e Thomas optaram por apresentar entendimentos escritos. O texto de autoria de Scalia, desenvolvido em uma escrita passional[22], é direcionado ao confronto com Breyer, ao qual imputa pretender reescrever a Oitava Emenda por meio de uma argumentação contraditória e cheia de jargões incompreensíves (*gobbledy-gook*). Não há propriamente acréscimos aos fundamentos já apresentados por Alito.

Desse modo, embora (ainda) mantidas a portas fechadas, as deliberações da Suprema Corte já não se apresentam incólumes à prática de *jogar para a plateia* (*play for the gallery*) que, para Markham (2006, p. 927), compromete a legitimidade institucional.

---

[21] No original: "Today, separate opinions are frequently emotionally charged and uniquely revealing of the Justices' personal feelings on the matter at issue."

[22] Confira-se o trecho de abertura do voto de Scalia, no original: "Welcome to Groundhog Day. The scene is familiar: Petitioners, sentenced to die for the crimes they committed (including, in the case of one petitioner since put to death, raping and murdering an 11–month-old baby), come before this Court asking us to nullify their sentences as "cruel and unusual" under the Eighth Amendment. They rely on this provision because it is the only provision they can rely on. They were charged by a sovereign State with murder. They were afforded counsel and tried before a jury of their peers—tried twice, once to determine whether they were guilty and once to determine whether death was the appropriate sentence. They were duly convicted and sentenced. They were granted the right to appeal and to seek postconviction relief, first in state and then in federal court. And now, acknowledging that their convictions are unassailable, they ask us for clemency, as though clemency were ours to give." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; 2015).

É nesse contexto norte-americano que bem se situam as preocupações de Sunstein, Vermoule e Posner quanto às ambições pessoais dos juízes e que os levam a recomendar maior modéstia e constrição nas decisões. Pode-se afirmar que, para tais autores, a decisão *per curiam* reflete melhor a essência do que é (ou deve ser) um tribunal constitucional, o que torna desejável para esses autores que os Juízes da Suprema Corte contivessem o ímpeto de se valer dos julgamentos para desenvolver teorizações e suscitar conflitos desnecessários para a resolução da demanda. Assim, as digressões de Sunstein (2007) sobre a preservação dos acordos parcialmente teorizados como suficientes para a fundamentar decisões é praticamente um apelo do pragmatismo judicial a que a Suprema Corte reconduza seu foco para a produção de resultados úteis de mantenha as discordâncias nos limites da deliberação secreta.

No entanto, o caso brasileiro tem suas peculiaridades – as quais serão apenas esboçadas como aspectos relacionados à capacidade institucional do STF e aos efeitos dinâmicos de decisões.

O STF – e, de regra, os tribunais brasileiros – adotam o modelo decisório *seriatim*. O fazem por opção institucional, já que não existe comando constitucional ou legal nesse sentido. Esse modelo decisório propicia que cada Ministro se comporte como um julgador individual, que analisa o caso e o resolve conforme fundamentos que expuser. O resultado dessa atividade intelectiva individual é o *voto*.

Os votos são levados a um procedimento decisório que é *agregativo* e, não, *deliberativo*. Isto é, não integra o procedimento decisório uma etapa obrigatória de debate e aproximação do conteúdo dos votos proferidos. Estes são agrupados a partir de seu desfecho, o que determina a formação da corrente vencedora, e, não, a partir de sua fundamentação. Para a proclamação do resultado, portanto, não existe nenhuma exigência de compatibilização dos fundamentos decisórios: a fundamentação é intrínseca a cada voto e não precisa dialogar com a dos demais votos considerados convergentes.

Essa característica fragmentada do modelo *seriatim* é agravada pelo fato de que os votos dos Ministros não são mutuamente conhecidos em caráter prévio. O art. 96, §2º do Regimento Interno do STF somente trata da disponibilização de votos *posteriormente* ao julgamento, pelos Gabinetes dos Ministros, para a composição do acórdão[23]. O conhecimento

[23] RISTF, Art. 96: "Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada. § 1º Após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas. § 2º Os

do voto na sessão de julgamento pode levar ou a uma manifestação irrefletida sobre seu conteúdo por parte dos demais julgadores[24]; ou, no outro extremo, à elaboração prévia de votos completos e herméticos, que não dialogam entre si.

Somadas essas duas características moldadas institucionalmente, acaba sendo de se esperar que os acórdãos proferidos pelo STF contenham "ruídos". Uma vez que a fundamentação da decisão é uma oferta individual de cada Ministro que não precisa necessariamente – e, por vezes, não pode – tomar em consideração o que se expôs nos demais votos, a definição da maioria *fundamentadora*[25] do acórdão é dificultada.

4.2 Votos extensos e a dificuldade de identificação da maioria fundamentadora

Os aspectos expostos na subseção anterior não são, todavia, suficientes para deslindar uma outra característica dos acórdãos do STF: a extensão dos votos que, não raro, culminam em acórdão de mais de 300 laudas. Esses extensos acórdãos são frequentemente compostos por votos que contêm digressões intercaladas com excertos doutrinários e citações de precedentes convenientes a cada ocasião. Seria a extensão dos acórdãos e a profusão de referências tópicas um fator positivo ou negativo no que concerne ao dever de fundamentação?

Se, conforme dito, o modelo *seriatim* e a ausência de prévia disponibilização dos votos entre os Ministros torna expectável uma certa dificuldade de aferição da fundamentação *do acórdão*, nada disso explica porque os votos escritos, considerados em si mesmo, teriam uma

---

Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento." (RISTF, 2015).

[24] Cite-se, aqui, como exemplo, o julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, no qual efetivado o controle concentrado de constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Em dado momento, a transcrição dos debates orais sobre a tese proposta pelo Relator, Ministro Luiz Fux, de aplicar a detração ao caso da alínea "e", do inciso I, do art. 1 da LC 64/90 denota que a matéria estava sendo votada sem que todos os Ministros tivessem compreendido que o cômputo da inelegibilidade decorrente de condenação criminal se iniciava, invariavelmente (com ou sem detração), da condenação pelo órgão colegiado. (BRASIL, 2012, p. 312-320).

[25] Sobre a distinção entre a maioria decisora e a maioria fundamentadora, vale transcrever a seguinte explanação: "Na maioria decisora, o tribunal deve se preocupar em formar […] e apresentar […] um pronunciamento sobre o resultado da ação em julgamento – há unanimidade ou correntes vencedoras e vencidas. No STF, ele vem representado normalmente na parte dispositiva do acórdão, precedido da expressão "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em", indicando se o tribunal conheceu ou não da ação, e se a julgou procedente ou não. Na maioria fundamentadora, por outro lado, o tribunal deve se preocupar em formar […] e apresentar […] a fundamentação que embasará o resultado final, sendo tanto melhor quanto mais refletir os consensos e os dissensos da instituição como um todo. Não existe nos acórdãos uma parte que traga algo como um placar da funda- mentação, embora a ementa pudesse ser o instrumento apto a traduzi-lo. Ao contrário do que ocorre em outros países, no Brasil essa maioria fundamentadora é aferida somente na corrente vencedora, que é a base para o pronunciamento do resultado final." (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 93).

tendência a serem desenvolvidos longamente. Pode-se suscitar um paralelo com os Estados Unidos, no que diz respeito a um efeito dinâmico das decisões dos tribunais constitucionais: juízes não mais votam apenas para decidir, mas também para produzir um impacto perante a sociedade. A midiatização do STF, especialmente a partir das transmissões das sessões de julgamento pela TV Justiça, em 14/08/2002[26], é um fenômeno que pode, sim, guardar alguma semelhança com o que decorre do modo como os Juízes da Suprema Corte vêm manejando os *dissent* e os *concurrence*.

Todavia, se for essa a causa – ou uma das causas – para um tipo de redação de votos mais focado na retórica e menos no convencimento direto dos demais julgadores, cabe assinalar que a publicidade dos julgamentos, no Brasil, não é uma questão relegada à autonomia institucional. O dever de fundamentação é constitucionalmente atrelado à publicidade dos julgamentos, somente restringível para a preservação do direito à intimidade e, ainda assim, desde que não haja prejuízo ao direito à informação (CR/88, art. 93, IX). Por isso, o STF não pode decidir fechar as portas por eventualmente considerar que a publicidade dos julgamento tem sido perniciosa à legitimidade das decisões; há, a rigor, que se pressupor a promulgação de uma Emenda Constitucional que permita ao Tribunal fazê-lo[27].

Logo, ainda que uma crítica sobre a prática de *jogar para a plateia* possa ser apresentada em relação ao comportamento de Ministros do STF, ela não encontrará condições de ser equacionada pelas mesmas vias disponíveis para a Suprema Corte. Por esse motivo – e dados os objetivos do artigo – o mais relevante é compreender como a proliferação de votos extensos impacta sobre a exigência de adensamento teórico associada ao dever de fundamentação.

A combinação do modelo de decisão *seriatim*, que permite a fragmentação da opinião da corte, com exposições extensas e dispersas, que primam pela erudição em detrimento da objetividade, caracterizam o que aqui se denominará *acórdão prolixo.* O acórdão prolixo se encontra na raiz da crítica de que o STF se comporia de *onze ilhas* que não dialogam entre si (MENDES, 2010). Essa questão foi tratada em artigo que analisa dados empíricos a respeito

---

[26]Informação extraída do *site* do STJ. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[27] O que, evidentemente, não é exigido para que cesse a transmissão das sessões pela TV Justiça. Aliás, há, em trâmite, projeto de lei da Câmara – PL 7.004, de 2013 – que objetiva vedar a "transmissão ao vivo e sem edição de imagens e sonoras das suas sessões e dos demais Tribunais Superiores".

da temática e que procura promover a desambiguação dessa crítica ao expor as três vertentes associáveis à expressão:

> […] Três críticas são frequentemente veiculadas quando se usa a metáfora das onze ilhas: (i) primeiro, a dificuldade em se encontrar uma maioria decisora clara, principalmente em casos de divergência acentuada; (ii) segundo, a inexistência de uma maioria fundamentadora em alguns casos, em razão da ausência de fundamentos adotados pela maioria dos ministros da corrente vencedora; (iii) terceiro, a dificuldade em se encontrar a maioria fundamentadora acaso existente, o que ocorre principalmente quando vários votos no mesmo sentido são juntados ao acórdão. A multiplicidade de declarações de voto, ainda que veiculando os mesmos fundamentos, representa em si uma dificuldade para que se encontre a opinião do tribunal. Em outras palavras, demanda um esforço de leitura e interpretação que, como ressalta a crítica à questão das ilhas, poderia ser evitado caso o desenho institucional da corte fosse outro. (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 93)

Deve-se destacar que Klafke e Pretzel (2014) consideram que os dados empíricos coletados atenuam a crítica das *onze ilhas* especialmente porque, de 266 acórdão relativos ao controle concentrado de constitucionalidade que examinaram, 180 acórdãos (68%) indicariam uma concentração da fundamentação em grau máximo (apenas o voto do Relator apresentado por escrito) ou submáximo (há mais de um voto escrito mas que ainda representam menos da metade dos votos da corrente vencedora). A dispersão (votos escritos compondo a metade ou mais da corrente vencedora) somente ocorreu em 86 acórdãos (32%).

Não obstante, cabe assinalar que os autores reconhecem haver um aspecto da concentração submáxima que foi deixada de lado, tendo em vista os propósitos do trabalho que conduziram: trata-se da situação em que os votos podem ter "competido" entre si dentro da corrente vencedora – ou seja, hipótese de prolação de votos convergentes (quanto ao resultado) com fundamentação diversa. Nesses casos, o estudo indicou que o entendimento considerado prevalecente para firmar a *opinião da corte* costuma ser o externado no voto do Relator, uma "solução que está longe de ser ideal, mas parenta ser bastante comum, especialmente como base para a elaboração da ementa" (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 97).

Se para Klafke e Pretzel (2014) essa solução por um critério "formal" é suficiente para indicar onde se encontra a opinião da corte, não se pode afirmar que o mesmo critério é suficiente para a abordagem ora feita do dever de fundamentação. Afinal, se votos convergentes que adotam fundamentação diversa são tratados como um pronunciamento uniforme, persiste a dúvida, exatamente no ponto em que discrepam, quanto ao fundamento da decisão.

Além disso, se, dentre as fundamentações concorrentes, justamente a adotada pelo Relator vier a ser a vencida, a ementa tenderá a afirmar que a opinião da corte é um

entendimento que, na realidade do julgamento, não prevaleceu. O problema daí decorrente é que, futuramente, o teor da ementa poderá ser invocado como razão de decidir em um outro julgamento e aquele entendimento, que *não correspondia à maioria fundamentadora* mas meramente *integrava a maioria decisora*, será replicado com a autoridade de precedente.

Por tais motivos, no que concerne à aptidão da decisão para conectar o resultado do julgamento a uma fundamentação condutora, as decisões com concentração submáxima se assemelham mais às decisões com dispersão do que às decisões com concentração máxima. Nessa perspectiva, os acórdãos prolixos, que entravam o adequado desempenho do dever de fundamentação, poderiam, em tese, constituir 190 acórdãos (71%) estudados por Klafke e Pretzel (2014)[28].

A dificuldade de identificação da tese condutora do resultado em acórdãos com dispersão ou concentração submáxima permite levantar a hipótese de que, em tais casos, o tribunal não foi capaz de promover o adensamento teórico dos acordos parcialmente teorizados. Isso porque, sem a definição da exposição teórica prevalente que *determinou* o resultado, fica-se naquela segunda ordem de irradiação dos acordos parcialmente teorizados, conforme formulada por Sunstein (2007): obtém-se um resultado concreto sem que se tenha sem que se apresente uma explicação suficiente da teoria que fundamenta esse resultado.

Como exemplo de acórdão prolixo, pode-se citar o julgamento da ADPF 153, que conclui, em julgamento por maioria, pela constitucionalidade da extensão da anistia promovida pela Lei 6.683/79 aos agentes estatais da ditadura militar. Colhe-se de artigo em que analisado esse julgamento (GRESTA, 2012) que os votos que integraram a corrente vencedora adotaram fundamentações bastante discrepantes entre si: a recusa à releitura que a OAB, em "autêntico *venire contra factum proprium*", pretendeu dar a fatos históricos dos quais participou e o reconhecimento da EC 26/85 como ato originário de uma nova ordem democrática (Eros Grau); a impossibilidade de interpretação da Lei da Anistia por "parâmetros atuais" e a necessidade de uma leitura pragmática que extrai a legitimidade da anistia ampla do fato de que "o direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico" (Carmen Lúcia); a exigência de concessões recíprocas para que se faça uma transição pacífica, o que impõe respeitar a extensão da anistia como o "preço que a

[28] Perceba-se que essa conclusão é, sem dúvida, adstrita ao modelo *seriatim*. No modelo norte-americano, em que um Juiz é expressamente designado para redigir a *opinião da corte*, os entendimentos registrados em separado (*dissent* e *concurrance*) não têm estes potencialidade para turvar a apreensão da fundamentação que conduz ao resultado do julgamento.

sociedade brasileira pagou" pela redemocratização (Ellen Gracie); a compatibilidade entre a Lei da Anistia e a ordem constitucional *que vigorava à época de sua publicação* (Marco Aurélio); e existência , *à época*, de prerrogativa do Congresso Nacional para anistiar crimes *comuns* que foram praticados (Celso de Mello); a independência da Lei n. 6.683/79 para estabelecer seu próprio conceito de conexão a partir de uma interpretação autêntica que teria estabelecido um sentido *"metajurídico"* para o termo (Cezar Peluso); a compreensão de que a anistia, como ato político, tem sua amplitude definida de forma política, descabendo por isso recorrer a "compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência" (Gilmar Mendes).

Utilizando-se desse caso concreto, cabe indagar: a profusão de opiniões é suficiente para considerar o a decisão devidamente fundamentada?

Consideradas as exigências da isomenia, a resposta é negativa. O consenso sobre a constitucionalidade da extensão da anistia a torturadores permanece como um acordo parcialmente teorizado ao qual se agregou pontos de vista variados. Não houve a preocupação de promover o adensamento teórico que poderia resolver a questão jurídica sobre a qual recaía a controvérsia – a saber, o conceito de crime político e de conexão *acolhidos pela CR/88* (afinal, tratava-se de controle de constitucionalidade parametrizado pela Constituição *em vigor*). Aqueles pontos de vista têm força porque proferidos pelas autoridades competentes para essa resolução, mas não oferecem uma argumentação passível de crítica e controle pelos destinatários da decisão. Assim, há um déficit de legitimidade decisória que se instala do vazio jurídico do pronunciamento da autoridade.

Para que assim não fosse, seria necessário que os votos tivessem se aprofundado, no mínimo, ao nível de uma proposição teórica que fosse suficiente para encaminhar a resolução da controvérsia como um resultado lógico e necessário. Ao se procurar, como exercício, realizar essa tarefa a partir dos pontos de vista expostos, percebe-se que estes somente puderam ser apresentados exatamente porque deixaram turvadas as premissas teóricas que necessariamente os ampararíam.

Por exemplo, a represália de Eros Grau à conduta da OAB em ingressar com a ação toma por substrato uma afirmação que pode ser apresentada do seguinte modo: *caracteriza venire contra factum proprium a atuação de uma entidade da sociedade civil no questionamento da constitucionalidade de lei para cuja elaboração colaborou*. Será que tese receberia a adesão da maioria?

Já as exposições de Marco Aurélio e Celso de Mello insinuam a modificação do parâmetro de aferição da constitucionalidade das leis no âmbito da ADPF: *o controle de constitucionalidade de leis anteriores à CR/88 toma por parâmetro a ordem constitucional vigente à época da elaboração da lei*. Trata-se de proposição que aniquilaria a pretensão de compatibilização da produção legislativa anterior a 1988 com a ordem constitucional a partir de então implantada e que, imagina-se, não seria corroborada nem mesmo pelos Ministros que a fizeram insinuar em seus votos.

É também com esse exemplo que se conclui a presente seção com uma provocação: a profusão textual dos acórdãos do STF, à qual não necessariamente correspondem exposições vincadas por uma teoria condutora, pode dar indícios de que decisões relevantes vêm sendo tomadas não somente sem enfrentamento dos *acordos parcialmente teorizados* mas, também, por meio de *desacordos quase completamente não teorizados*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sugere-se, ao final desse trabalho, que as exposições dos votos dos Ministros atenderiam melhor ao dever de fundamentação, nos termos exigidos pela isomenia, caso se dedicassem prioritariamente a expor com clareza a premissa teórica condutora daquele específico entendimento apresentado no voto. Reitere-se que não se demanda uma impossível teorização exaustiva mas, apenas, aquela suficiente para promover o adensamento teórico *indispensável* à construção do argumento que responde à controvérsia.

Essa proposta de *como realizar o adensamento teórico* mostra-se possivelmente adequada às capacidades institucionais do STF, especialmente no aqui abordado aspecto do modelo decisório *seriatim*, bem como potencialmente apta a produzir efeitos dinâmicos positivos perante os destinatários da decisão, substituindo o espetáculo televisivo por decisões cuja maior clareza propiciaria maior facilitação de compreensão, crítica e refutação (inclusive na arena legislativa).

Adotado esse procedimento, dois resultados poderiam ser esperados em relação às questões ainda em aberto nesse trabalho.

Em resposta a (2), o adensamento teórico dos acordos parcialmente teorizados é a via de escape do risco de prevalência dos subterfúgios identificáveis como uma *pseudo-fundamentação.* Ao se demandar de cada julgador que apresente de forma clara a premissa teórica de seu voto, dificulta-se o recurso à superficialidade e à retórica estendida por laudas e

laudas que por vezes pouco conteúdo jurídico ostenteam. Também, torna-se mais fácil expor o sincretismo ou o ecletismo de votos que, conscientemente ou não, recorrem a uma apanhado casuístico e por vezes inconciliável de asserções doutrinárias. Isso porque a premissa teórica efetivamente apresentada serve como controle de coerência intra-decisória, permitindo testar as asserções a partir de sua compatibilidade com a premissa exposta.

Em resposta a (3), o adensamento teórico constitui uma base para o reconhecimento de um dever de coerência interdecisória, ou seja, que permita construir uma *linha jurisprudencial.* Primeiro, porque fixada claramente uma premissa teórica como fundamento de determinada decisão, a solução de outras controvérsias relacionadas pode ser prevista se constituir um desdobramento lógico daquela premissa. Segundo, porque a superação daquela premissa teórica não é vedada, mas impõe ao tribunal o ônus de fundamentar a alteração. Com isso, mesmo o modelo *seriatim* pode-se mostrar passível de possibilitar a construção de uma história institucional amarrada por um alinhamento teórico definido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística.* Curitiba: CRV, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *AgRg no REsp: 705896 RR 2004/0166691-3*. Relatora Min. Alderita Ramos de Oliveira. Acórdão de 21 maio 2013. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 31 maio 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=73867629&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações declaratórias de constitucionalidade n. 29 e 30 e ação declaratória de inconstitucionalidade n. 4.578*. Relator Min. Luiz Fux. Acórdão de 16 fev. 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 29 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=73867629&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 7 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno.* Atualizado até janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf.>. Acesso em: 11 jul. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Glossip v. Gross.* Decisão n. 14–7955. Arguida em: 29 abr. 2015. Decidida em: 29 jun. 2015. Disponível em:

<http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-7955_aplc.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos*. 2 ed. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 89–104, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo:* uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática.* Belo Horizonte: Forum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica.* São Paulo: Landy, 2002.

MARKHAM, James. AGAINST INDIVIDUALLY SIGNED JUDICIAL OPINIONS. *Duke Law Journal*, v. 56, p. 923–951, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1312&context=dlj>. Acesso em: 6 jul. 2015.

MENDES, Conrad Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, 1 fev. 2010, p. 3.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo:* uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. (Coleção Espírito do nosso tempo; 13).KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 89–104, 2014.

POSNER, Richard. Pragmatic adjudication. *Cardozo L. Rev.*, v. 18, p. 1–20, 1996. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/cdozo18&section=10>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al*. *Teoria da Constituição:* estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in constitutional law. In: *Social*

Research: An International Quarterly. Jan 2007. Disponível em: http://socialresearch.metapress.com/index/y55014168m623135.pdf. Acesso em: 27 abr 2015.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência:* uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. 5. ed. alemã, revista e ampliada. Tradução da Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.