

## Introdução

Na *common law* e nos sistemas mistos<sup>1</sup>, os argumentos que fundamentam uma decisão e que geram coisa julgada, ou seja, as razões de decidir e as proposições de direito escolhidas pelo juiz, são importantes, pois podem gerar consequências para terceiros e não apenas às partes. Assim, os fundamentos de uma decisão geram resultados para além do processo originário. A decisão tida como precedente é importante para o processo de aplicação do direito a partir da necessidade de coerência<sup>2</sup> e de coesão de um sistema jurídico requer<sup>3</sup>. Com essa importância crucial, observa-se a necessidade de conhecer e analisar diferentes teorias de precedentes como forma de justificação de determinada decisão e critérios nas razões que levaram à fixação do dispositivo específico em detrimento de outro.

Nesse sentido, uma teoria sobre a diferenciação de *ratio decidendi* e *obiter dicta*<sup>4</sup> impõe o custo de identificar e reconhecer a legitimidade suficiente para que um juiz possa solucionar uma questão de direito arguida pelas partes e que seja definitivamente necessária para a solução<sup>5</sup>. No Brasil, o uso da expressão precedente é no mínimo complexo e com certas contradições, pois não se estabeleceu ainda um consenso sobre a melhor definição e a melhor teoria sobre precedentes, bem como sobre decisão. Ademais, com a adoção da súmula vinculante e o poder de vinculação cada vez maior de institutos utilizados no Supremo Tribunal Federal com efeitos *Erga Omnes*, o direito constitucional, bem como o direito processual e a teoria do direito devem se confrontar com uma análise pormenorizada sobre teoria de precedentes, teoria da decisão e do raciocínio legal, com o intuito de melhor justificar e fundamentar as decisões<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Entende-se por sistemas mistos aqueles que recebem herança da *common law*, mas possuem extensas codificações, por exemplo a Escócia.

<sup>2</sup> O quesito da coerência em um sistema jurídico deriva da necessidade de que o conjunto de normas dentro deste sistema devem ou deveriam fazer sentido quando consideradas em conjunto. MACCORMICK, Neil. **A argumentação Jurídica e teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.196.

<sup>3</sup> Uma decisão que gere um precedente e que seja justificada, ainda assim deve demonstrar que ela não é incompatível com as normas estabelecidas. Ainda que a deliberação sobre se determinada decisão é ou não compatível também inclua um problema de interpretação sobre a norma estabelecida. Idem. Ibid. pp. 255-257.

<sup>4</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press. 2012.

<sup>5</sup> Neil MacCormick afirma o seguinte trecho que: “*ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by parties’s arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in case.” MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p.153.

<sup>6</sup> MAUES, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, Dec. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de Agosto de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200009>.

O presente trabalho problematiza a questão do poder vinculante dos precedentes no Brasil sob a ótica de teorias nascidas na *common law*. O objeto de análise é a atuação de ministros do Supremo Tribunal Federal sob a ótica de dois modelos de construção de precedentes. Em um primeiro momento se analisa o raciocínio legal de produção de precedentes preconizado por Frederick Schauer<sup>7</sup> que se adequa a uma teoria da decisão formalista. Considera-se ainda uma revisão bibliográfica, a partir do modelo de *ratio* exposto por Neil MacCormick<sup>8</sup>, como ponto de partida de uma teoria formalista enraizada em uma compreensão de que o raciocínio legal é derivado de uma razão institucionalizada. Em um segundo momento de análise, o trabalho propõe o estudo da produção de precedentes por meio da elaboração de acordos teóricos incompletos, conforme descrito por Cass Sunstein<sup>9</sup>. Com esse modelo de raciocínio legal, Sunstein expõe uma posição minimalista no momento de decisão judicial e considera que o conceito de acordos teóricos incompleto é o mais adequado para cortes constitucionais. O presente trabalho realiza ainda uma revisão bibliográfica do conceito de acordos teóricos incompletos a partir da teoria de *consenso sobreposto* de John Rawls<sup>10</sup>.

Por fim, o trabalho adota a hipótese de que ambas as teorias apresentadas sobre precedentes são importantes para o modelo de decisão aplicado no Supremo Tribunal Federal. Com objetivo de explorar essa hipótese, o trabalho propõe um estudo de caso sobre a Adin Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.815 que versa sobre a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias, considerando as duas correntes de raciocínio legal trabalhadas anteriormente. No caso da Adin 4.815, ainda que os votos dos 9 ministros tenham caminhado para o mesmo resultado, a construção de votos foi elaborada a partir de matrizes teóricas totalmente distintas, e sua decisão produzirá efeitos vinculantes Erga Omnes. Logo, o trabalho analisa o processo de construção da Adin 4.815 sob o ponto de vista da teoria de precedente instituída por Schauer, assim como pela noção de acordos teóricos incompletos de Sunstein.

## **1. O formalismo e o raciocínio legal envolvidos no modelo de *Ratio***

Em um primeiro momento é necessário entender que Neil MacCormick desenvolve sua teoria em um contexto de raciocínio legal que leva em conta uma teoria da decisão

---

<sup>7</sup>SCHAUER, Frederick. Op. Cit.

<sup>8</sup>MACCORMICK, Neil. Op. Cit. pp. 152-154.

<sup>9</sup>SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

<sup>10</sup>RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Ed. Ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

formalista e um conceito de direito que destaca uma razão institucionalizada. Essa razão institucionalizada pressupõe força normativa que contem autoridade para interpretar e decidir dentro de determinado contexto que também já se limita de forma institucional<sup>11</sup>.

Uma ordem legal é aquela que institucionaliza a razão de forma normativa<sup>12</sup> e enseja coerência e coesão em suas decisões e proposições perante todo o sistema jurídico. Em outras palavras, as partes e o juiz possuem um campo limitado de atuação, pois devem conformar suas opiniões e interpretações a partir de um contexto legal institucional previamente dado<sup>13</sup>.

Essa constatação do poder de autoridade institucionalizado é importante no que tange ao estudo do raciocínio legal por trás da criação de precedentes. O conceito de *ratio decidendi* enseja dificuldade de definição na medida em que é difícil sua identificação na decisão judicial. Embora muitas vezes se refira a uma interpretação de precedente dada pelo juiz<sup>14</sup>, é necessário observar que um precedente possui antes de um raciocínio legal, uma força de autoridade formal<sup>15</sup>. Ou seja, na ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais e logo perceber<sup>16</sup> em quais partes se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório.

Assim, se torna imprescindível o mapeamento das razões pelas quais se decidiu por certa maneira e com consequência da criação de um precedente. Considera-se que a *ratio decidendi* é a parte que possui força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados. Identificar a definição de razões de decidir ou de *ratio decidendi* deriva, então, da necessidade de se precisar a parte do precedente que tem efeito vinculante. Não se opera, aqui, por meio de analogias de cada caso concreto com outro caso absolutamente igual ao primeiro – o caminho natural para a identificação de um precedente, no momento em que se verifica a impossibilidade de dois casos serem exatamente idênticos é, justamente, a identificação da *ratio decidendi*. Somente há acordo em uma única parte do precedente e é justamente isso que possui o efeito vinculante, ou seja, a *ratio decidendi*. No entanto, cabe ressaltar que a *ratio* é a justificativa oferecida pelo juiz para suportar uma opinião com força normativa, logo, é possível que haja várias *rationes*<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> “The” MACCORMICK, Neil. Op. Cit. p. 46.

<sup>12</sup> Idem. Ibid. p.46.

<sup>13</sup> Idem. Ibid. p. 149.

<sup>14</sup> Idem. Ibid. p. 145.

<sup>15</sup> SCHAUER, Frederick. Op. Cit. p. 40.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). Novas tendências do processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 810.

<sup>17</sup> MACCORMICK, Neil. Op. Cit. p. 146.

Com esse entendimento inicial, é possível avançar na descrição sobre raciocínio legal e a prática de precedentes expostas por Schauer. Em primeiro lugar, ele resume a necessidade de compreender a *common law* como um sistema que possibilita que as regras que o integram sejam modificadas se o caso assim o exigir<sup>18</sup>. Logo, é o juiz que entende que a aplicação da regra não é consistente com sua justificativa<sup>19</sup>. Entretanto, a *common law* evidencia que na prática, opera a partir de um sistema também instrumental e formalista<sup>20</sup>. Essas duas características se coadunam com o fato de que, no direito, a decisão legal reflete situações pretéritas e, portanto, a decisão de um caso atual deve ser consistente com a justificativa dada para a decisão e também com as decisões passadas<sup>21</sup>.

A teoria de Schauer pressupõe uma classificação dos precedentes entre precedentes verticais e precedentes horizontais, considerando ainda que toda a forma de precedente para Schauer possui força vinculante. A diferença entre um precedente horizontal e um vertical não está na presença de vinculação (essa sempre existe), mas no fundamento que origina a obrigatoriedade que deve ser observada pelos juízes e advogados em determinado caso. Os precedentes verticais são caracterizados pela existência da cadeia de comando, ou seja, o caráter de vinculação do precedente deriva da hierarquia entre as cortes superiores e inferiores<sup>22</sup>. Os precedentes horizontais decorrem de decisões tomadas pela mesma corte no passado. Embora, exista vinculação nesse tipo de precedente, o fundamento dado a essa vinculação é partir de um critério de anterioridade, a corte é obrigada a seguir o que ela mesma já decidiu no passado – *stare decisis*<sup>23</sup>. A consistência do precedente se mantém, a menos que haja razões e justificativas fortes o suficiente para que esse precedente seja

---

<sup>18</sup> Segundo Schauer, o que torna uma regra geral, e que a distingue de um comando particularizado, é precisamente a maneira pela qual uma regra se baseia em uma generalização e prescreve condutas para todos os atos ou eventos abrangidos pela generalização. Neste contexto, o autor propõe uma análise crítica feita a partir da seguinte problemática: o órgão ou poder legislativo que produza o direito ou uma lei em específico estabelece uma regra para uma multiplicidade de situações futuras a serem resolvidas no caso concreto. Logo, este órgão ou poder legislativo produz uma regra para uma multiplicidade de elementos futuros, mas em abstrato, divorciado da obrigação de resolver uma disputa entre as partes reais. Em geral, o juiz na *common Law*, por meio de *hard cases*, possui uma situação concreta em que decidirá e somente depois essa decisão se tornará direito. Nesse caso, o criador do direito observará a sua norma diretamente no caso concreto. Schauer reconhece isso como característica da *common law*, ainda que, seu objetivo, às vezes, seja formular uma objeção a *common Law* em relação a qualidade das regras obtidas por este método do juiz como “*Law-maker*”. Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. *Do Cases Make Bad Law?* KSG Working Paper No. RWP05-013. Fev. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=779386>> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.779386>>

<sup>19</sup> MAUES, Antonio Moreira. Op. Cit.

<sup>20</sup> Idem. Ibid.

<sup>21</sup> Esse entendimento de consistência com a decisão anterior é ainda contrastante com qualquer preocupação sobre argumentos consequencialistas, ainda que os mesmos eventualmente possuam um papel coadjuvante. Schauer é bastante taxativo ao afirmar que argumentos baseados em preocupações futuras e efeitos posteriores não são o bastante para que uma decisão judicial seja proferida. Considera-se sempre necessário a consistência formal e material com o precedente anterior. SCHAUER, Frederick. p. 36.

<sup>22</sup> Idem. Ibid. p. 37.

<sup>23</sup> Idem. Ibid. p. 37.

descartado. Assim, o sentido de uma corte está vinculado às suas próprias decisões deriva da doutrina do *Stare Decisis*.

Conforme mencionado, Schauer atribui como característica principal de um precedente a sua força vinculante. O princípio de uma tomada de decisão baseada pelo precedente, então, sugere a compreensão de uma razão institucionalizada e formalista, bem como reflete o caráter de autoridade previsto no direito. A autoridade é importante especialmente na diferenciação entre um *learning*<sup>24</sup> e uma obediência à autoridade do precedente (*obeying*). No primeiro caso, ocorre um aprendizado da corte acerca de aspectos do caso em questão, principalmente no que concerne o melhor resultado possível e suas consequências para aquela decisão.<sup>25</sup> O segundo caso reflete o caráter vinculante da decisão, pois a corte decide somente pelo fato de ter decisão anterior válida<sup>26</sup>. Schauer completa o raciocínio enfatizando que em situações de justificação por precedentes, geralmente, não importa se a decisão passada é persuasiva ou se aparenta ser correta<sup>27</sup>.

Enquanto na vinculação vertical, o fundamento de hierarquia se torna pacífico e óbvio dentro de um sistema institucionalizado como é o sistema jurídico, o fundamento da anterioridade na vinculação horizontal de um precedente é no mínimo complexo. Schauer propõe que o fundamento da *stare decisis* deriva da necessidade de estabilidade<sup>28</sup> de um sistema, principalmente em razão de conformar e assegurar que decisões estejam uniformes, e ainda que decisões sejam tomadas para que um resultado definido e previsível possa existir. Logo, ao invés de existir qualquer traço de irracionalidade no *stare decisis* (principalmente na sua rigidez e quase imutabilidade), o fundamento para a sua existência deriva de um profundo e duradouro pensamento de que ao se respeitar decisões pretéritas, promovem-se valores como estabilidade<sup>29</sup> e consistência, e clareza.

O raciocínio por meio de precedentes, dessa maneira, deve levar em conta a manutenção da estabilidade por meio do formalismo envolvido na autoridade do precedente. No entanto, nenhum evento é igual ao outro, logo nenhum caso pode ser idêntico a outro, logo

---

<sup>24</sup>Esse tipo de conceito reflete justamente o processo de aprendizado de uma corte e muitas vezes a sua mudança de posição sobre determinado assunto, a partir da persuasão de determinada decisão. Schauer destaca o exemplo de *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* Neste caso, havia previsão de inexecução de contrato somente se observado fraude, coação ou incapacidade. No entanto, a corte em questão decidiu que a inexecução de contrato poderia ser garantida devido à assimetria de forças entre um indivíduo e uma pessoa jurídica do porte de uma fornecedora de automóveis. Idem. Ibid. p.39.

<sup>25</sup> Idem. Ibid. p. 39.

<sup>26</sup> Idem. Ibid. p. 40.

<sup>27</sup> Idem. Ibid. pp. 40-41.

<sup>28</sup> Idem. Ibid. 43.

<sup>29</sup> Idem. Ibid. p. 44.

possuem circunstâncias diversas e momentos desiguais. Essa diferenciação inerente entre um caso e outro transforma a tarefa do raciocínio por precedentes em um desafio constante de encontrar o porquê da decisão. Como os casos podem ser similares, mas nunca idênticos (o máximo possível que se pode encontrar são relevantes similitudes entre um caso pretérito e um caso atual)<sup>30</sup>, torna-se imperioso entender que o que se deve buscar em um precedente não é exatamente o conteúdo do que foi decidido (o que), mas como ele foi decidido (porque). Logo se deve identificar a *ratio decidendi* do precedente<sup>31</sup>. O motivo pelo qual a corte decidiu um caso indica com maior previsibilidade e segurança quais casos pretéritos poderão ser utilizados como precedentes para determinado caso presente.

O motivo da decisão remete a análise do precedente para uma generalização sobre o porquê<sup>32</sup> da decisão. Com isso, Schauer define que um precedente estabelece “tipos” e que o caso presente (sobre o qual pretendemos aplicar o precedente) deverá trazer algum *token* (exemplo), e esse exemplo dá a validade para o uso do precedente no caso atual, e assim identifica o precedente como válido para então possuir efeito vinculante<sup>33</sup>. Em *New York Times vs. Sullivan*, Schauer destaca o raciocínio elaborado para a decisão de que o comissário de política não fazia jus à indenização por violação à privacidade pela falsa publicação de matéria jornalística do New York Times. Esse caso trabalhou e estabeleceu os tipos *public agent* e *press*. O caso de *Sullivan* será sempre precedente vinculante, torna-se um paradigma para todo caso envolvendo agente público e imprensa. O caso então se torna uma justificativa para as decisões posteriores.

A análise da *ratio decidendi*<sup>34</sup> importa enquanto identificação da validade do uso e um precedente e sua justificação. Com isso, sua identificação é essencial para o bom funcionamento institucional de determinada corte no que tange a produção de precedentes. Assim, cabe ressaltar que tudo afirmado em uma decisão que não seja uma *ratio* deve ser compreendida como um *obiter dictum*, ou seja, afirmações coadjuvantes ou desnecessárias para o resultado alcançado pela corte em um caso prévio. Essas afirmações, no entanto são importantes para situarem os casos e ainda para justamente passar das generalizações para o critério específico adotado na decisão passada, ou seja, são afirmações de suporte para a manutenção da *ratio decidendi*. Isso sugere que o *obiter dictum* está relacionado com uma razão de suporte para generalizar determinada razão de decidir (o porquê da decisão), a razão

---

<sup>30</sup> Idem. Ibid. p. 45.

<sup>31</sup> Idem. Ibid. p. 50.

<sup>32</sup> Idem. Ibid. p. 53.

<sup>33</sup> Idem. Ibid. p. 54.

<sup>34</sup> Idem. Ibid. p. 54.

é sempre mais genérica do que o objeto para o qual ela serve de razão<sup>35</sup>. A função do *obter dictum* é justamente generalizar a *ratio decidendi* para que ela possa ser usada em casos futuros, por exemplo, contextualizando novas situações. A generalização que o *Obter Dictum* constrói em uma decisão se torna indispensável inclusive para identificar a própria *ratio decidendi* da decisão<sup>36</sup>.

## 2. O Minimalismo Judicial e os Acordos Teóricos Incompletos

Os Acordos Teóricos Incompletos estudados por Cass Sunstein derivam de um entendimento, primeiramente realizado por John Rawls, de que a democracia constitucional moderna é baseada em um desacordo contínuo e plural<sup>37</sup> das diversas perspectivas e teorias de grande abstração e concentração conceitual, como por exemplo, a fundamentação ética de Kant<sup>38</sup> ou o utilitarismo social e a análise de custo benefício. Assim, a sociedade moderna, regida por um regime democrático, gera inevitavelmente uma pluralidade de visões de mundo sobre o que seja a felicidade, o que seja o bem último e também os objetivos de uma vida boa. O fato do pluralismo razoável, em contraposição ao fato da opressão, deixa de ser um objetivo a ser solucionado, para se transformar no único resultado satisfatório possível. Esse tipo de afirmação condiz com as ideias de uma democracia bem ordenada<sup>39</sup>, que preze por um sistema realmente efetivo de certas liberdades fundamentais. A convivência de doutrinas abrangentes religiosas, morais e filosóficas irreconciliáveis é uma característica do mundo dito livre<sup>40</sup>.

Em “O Liberalismo Político”<sup>41</sup>, John Rawls delinea as características do que seria a teoria do liberalismo político e, para tanto, no começo da primeira conferência sobre o tema, formula duas questões que serão basilares para o desenvolvimento da tese. A primeira questão fundamental seria responder qual concepção de justiça melhor reflete, ou mais precisamente qual concepção é a mais adequada para especificar os termos equitativos de cooperação social

---

<sup>35</sup> Idem. Ibid. pp. 56-57.

<sup>36</sup> A distinção entre a *Dicta* e a *Ratio Decidendi* é imprescindível no quesito de verificação da vinculação entre uma corte superior e uma corte inferior. No entanto, como ressaltado essa distinção não é pacífica e muitas vezes cabem ainda problemas e questionamentos de interpretação sobre a distinção.

<sup>37</sup> MAUES, Antonio Moreira. Op. Cit.

<sup>38</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

<sup>39</sup> Chandran Kukathas e Philip Pettit, ao analisarem a evolução de toda a obra de Rawls, observam a proeminência da questão da estabilidade na teoria do Liberalismo Político. Os autores observam que os escritos de Rawls sobre Liberalismo Político destacam um papel muito importante sobre a questão da ordem e da paz em uma sociedade bem ordenada e estável ao longo dos tempos. A estabilidade é proveniente justamente de uma ordenança em termos conceituais e estruturais por meio de acordos entre os princípios básicos de justiça e elementos constitucionais essenciais. KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. Rawls, **Uma Teoria da Justiça e os seus críticos**. 2ª Ed. Lisboa: Gradiva, 2005. p. 165.

<sup>40</sup> Idem. Ibid. p. 160.

<sup>41</sup> RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Ed. Ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

entre pessoas em igualdade civil e política, ou seja, livres e iguais.<sup>42</sup> A segunda questão proposta versa sobre a possibilidade de tolerância em uma sociedade democrática, levando-se em conta o pluralismo razoável encontrado neste tipo de sociedade. Assim, Rawls se preocupa em concatenar essas duas questões em uma proposta final, qual seja: se existe a possibilidade de ao longo do tempo, uma sociedade justa ser estável mesmo com a divisão interna entre doutrinas abrangentes religiosas, morais e filosóficas completamente diversas, porém razoáveis<sup>43</sup>.

Assim, a teoria do liberalismo político (que é importante influência para a visão agregadora dos acordos teóricos incompletos de Sunstein), enquanto baseada em um acordo de uma concepção política de justiça como equidade, objetiva uma maneira, ou procedimento, de se garantir a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada, dado a existência do fato do pluralismo razoável – justamente a convivência entre diversas doutrinas abrangentes. Nesse sentido, como nenhuma doutrina abrangente razoável pode garantir essa estabilidade, dada a pluralidade de opiniões, faz-se necessário introduzir a ideia de um consenso sobreposto sobre doutrinas abrangentes razoáveis<sup>44</sup>. O empreendimento filosófico do liberalismo político viabiliza a resolução das questões sobre desigualdades que ocorrem nos sistemas políticos-liberais. Uma sociedade que seja bem ordenada e que atenda aos pressupostos de cooperação equitativa ao longo do tempo, formada por pessoas livres, iguais, razoáveis e que compartilhem uma concepção política de justiça que as guie e norteie as suas instituições pertencentes à estrutura básica, não pode basear a sua unidade social apenas em uma doutrina abrangente.

Nesse contexto, a ideia de consenso sobreposto reforça a ideia de sociedade bem ordenada de maneira a enquadrá-la às condições históricas e sociais das sociedades democráticas<sup>45</sup>. Isso deriva justamente da existência do fato do pluralismo razoável<sup>46</sup> (condição permanente de uma sociedade democrática), pois a liberdade da razão de indivíduos em um regime constitucional democrático estável ao longo do tempo possui como produto final a elaboração de diversas teorias diferentes, bem como diversos pontos de vistas sobre

---

<sup>42</sup> Nas palavras do próprio autor, “que concepção de justiça é mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais e membros plenamente cooperativos da sociedade, de uma geração às seguintes?”. Idem. Ibid. p. 3.

<sup>43</sup> Idem. Ibid. p. 4.

<sup>44</sup> Idem. Ibid. p. 157.

<sup>45</sup> RAWLS. John. **Justiça como equidade: Uma Reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45.

<sup>46</sup> O fato do pluralismo razoável como sendo o resultado inevitável e até mesmo desejável de uma sociedade democrática moderna é reiteradamente enfatizado por Rawls: “Como foi observado (I, § 6.2), entende-se que essa pluralidade razoável de doutrinas conflitantes e incomensuráveis seja o produto característico da razão prática ao longo do tempo sob instituições livres e duradouras”. RAWLS, John. 2011 Op. Cit. p. 159

mesmas questões. Logo, a concepção política esta alicerçada em doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis que são opostas entre si<sup>47</sup>. O que importa aqui é realçar a ideia de que somente pela coesão criada por um consenso estrutural sobre certas ideias básicas e elementos constitucionais essenciais, e que pelo menos sustentem condições de convivência por meio de respeito mútuo, será possível a construção de uma unidade social estável em que todos razoavelmente apoiem de maneira voluntária ao longo de gerações<sup>48</sup>. Aqui fica claro que um dos objetivos do consenso sobreposto<sup>49</sup> é a necessidade de inclusão de todas as pessoas, e por isso a necessidade de fixação de critérios mínimos, pois de resto, será o próprio indivíduo a decidir o que fazer.

A teoria de Cass Sunstein baseia-se principalmente na elaboração de acordos possíveis dentro de uma disputa judicial, ou seja, fora do escopo de uma teoria de filosofia política apontada acima. O acordo, aqui, é incompleto porque ele é impossível em teorias de larga-escala, sobre a melhor decisão, mas perfeitamente possível em teorias de média-escala, que geralmente envolvem o desenvolvimento de um precedente. O conceito é adequado para um mundo institucionalizado, pois permite o dissenso entre grandes teorias fundamentais<sup>50</sup> (o tema do dissenso nessa teoria possui relevante protagonismo<sup>51</sup>).

O conceito é baseado na noção de consenso sobreposto de Rawls acerca de elementos constitucionais essenciais, ainda que com substanciais diferenças entre os dois projetos teóricos. Rawls opera com questões de larga-escala abstrata enquanto Sunstein prefere trabalhar com o oposto, ou seja, questões de média e pequena escala<sup>52</sup>. A busca da solução para um conflito judicial por meio de um acordo sobre questões jurídicas de um caso

---

<sup>47</sup> RAWLS, John 2003. Op. Cit. p. 45.

<sup>48</sup> As condições de convivência e o respeito mútuo advém do uso e dos limites da razão pública dentro de argumentações e deliberações nas tomadas de decisão, principalmente nas decisões judiciais. A ideia de razão pública em Rawls pode ser sintetizada como aquela razão que é compartilhada por todos os cidadãos em seu corpo coletivo, ou seja, é a razão pública dos cidadãos livres e iguais que a usam para exercer o poder supremo e coercitivo uns sobre os outros. Portanto, o objeto da razão pública são todos os assuntos ditos fundamentais, nos quais se deve apenas recorrer a política e a concepção política de justiça para respondê-los, e são exemplo desses assuntos: quem tem direito a voto, quais religiões podem ser toleradas, como será dado o direito a propriedade e a questões sobre liberdades individuais.

<sup>49</sup> O consenso sobreposto preconizado por Rawls versa sobre uma convergência de princípios básicos e de elementos constitucionais essenciais na dimensão de um conceito político, ou seja, pertencente a questões de filosofia política.

<sup>50</sup> SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p.39.

<sup>51</sup> Cass Sunstein possui uma imensa preocupação na teorização do dissenso e principalmente em como adequar e acomodar o desacordo produzido pelo dissenso de modo a não prejudicar a estabilidade de uma sociedade ordenada, e ainda assim assegurar os principais direitos e liberdades dentro de deliberações para tomadas de decisão. Conferir. SUNSTEIN, Cass. Conformity and Dissent. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 164 (2002); and U Chicago, Public Law Research Paper No. 34. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=341880> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.341880>>.

<sup>52</sup> SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 47.

particular sem necessariamente levar em conta questões teóricas profundas é o objetivo desse tipo de teoria da decisão e produção de precedentes<sup>53</sup>. Deve-se ressaltar, justamente, o fato de que os juízes possuem suas próprias posições e visões de mundo sobre temas e teorias fundamentais e abrangentes e, portanto, devem decidir controvérsias e casos com bases nesses acordos teóricos incompletos, em consonância com o objetivo de manter a estabilidade social frente à pluralidade, bem como, obter resultados efetivamente concretos em detrimento de especulações e embates filosóficos e abstratos<sup>54</sup>.

Esses acordos operam no âmbito dos precedentes no momento em que são operacionalizados por meio de analogias. O raciocínio analógico exige um compromisso com a consistência e com o uso desses acordos teóricos incompletos. Além disso, as analogias podem ser uma fonte de princípios e de políticas, desde que os juízes saibam encontrá-los nos precedentes. Esses precedentes e analogias facilitam o surgimento de acordos entre juízes que, embora diverjam sobre vários assuntos, geralmente entendem como válidas as decisões produzidas anteriormente e, portanto, existe certo diálogo entre eles<sup>55</sup>.

A ideia de acordos teóricos incompletos em meio a divergências em um órgão colegiado com poder de decidir demandas que ultrapassam a esfera das partes (como o STF) pressupõe ainda o argumento central de uma teoria da decisão minimalista<sup>56</sup>. Essa teoria baseia-se no fato de que muitos juízes preferem evitar regras muito gerais e com ambições teóricas de larga escala<sup>57</sup>. Essa afirmação se coaduna com o fato de que decisões minimalistas, segundo Sunstein, são mais propensas a criarem precedentes perfeitamente aceitáveis perante juízes e advogados. Os operadores do direito e os tomadores de decisão conseguem convergir perante determinado precedente judicial, aceitam determinada fundamentação como sendo parâmetro de vinculação, ainda que discordem profundamente

---

<sup>53</sup> Idem. Ibid. p. 47.

<sup>54</sup> Nessa linha, Antonio Maues afirma que: “Tais acordos caracterizam-se por trabalhar mais com resultados concretos do que com abstrações, o que permite obter concordância mesmo entre pessoas que pensam diferente”. MAUES, Antonio Moreira. Op. Cit.

<sup>55</sup> Idem. Ibid.

<sup>56</sup> Conforme Sunstein preconiza, às vezes, é necessário proceder por meio da crítica e alcançar soluções teóricas mais avançadas, assim como elevar o debate e pontuar questões morais, éticas e filosóficas. No entanto, o minimalismo e os acordos teóricos incompletos são de extrema importância para o direito constitucional, para a democracia constitucional e para o sistema legal liberal. SUNSTEIN, Cass. *Beyond Judicial Minimalism*. U. Chicago. Public law and legal Theory Working Paper no. 237.

<sup>57</sup> Aqui a afirmação é diametralmente oposta às teorias de adjudicação que levem em conta situações idealizadas e de valores morais e metafísicos últimos. Assim em sentido oposto ao apresentado nesse presente trabalho, conferir DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

sobre diversas proposições de direito, teorias e conceitos que levaram a formação de tal precedente<sup>58</sup>.

Portanto, ressalta-se o simples fato, por exemplo, em que um caso sobre justiça social e política afirmativa de cotas seja julgado de forma a aceitar a constitucionalidade dessas políticas públicas de ações afirmativas, ainda que os ministros da corte possam possuir diversos conceitos sobre o que seja uma sociedade justa ou sobre o que seja o conceito de igualdade material e sua relação com liberdade positiva. Nessa situação um julgamento minimalista com base em acordos teóricos incompletos pode ser a melhor solução. Ilustra o exemplo<sup>59</sup>, o julgamento no Plenário do STF que considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB), por unanimidade, na ADPF186. Nesse julgamento, apesar de todos concordarem sobre a necessidade de políticas afirmativas, os fundamentos foram os mais diversos e sem necessariamente uma convergência de teorias, pois foram invocados desde a função social da universidade até a vinculação de tratados de direitos humanos e sua força de norma constitucional e teorias sobre igualdade material e de responsabilidade social e estatal<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Assim, Sunstein em determinado trecho sustenta que: “Some judges favor shallow rulings. Such rulings attempt to produce rationales and outcomes on which diverse people can agree, notwithstanding their disagreement on fundamental issues”. SUNSTEIN, Cass. Beyond Judicial Minimalism. U. Chicago. Public law and legal Theory Working Paper no. 237.

<sup>59</sup> Antônio Maues dá os seguintes exemplos: “(...) podemos encontrar essa forma de acordo em várias situações. Por exemplo, a defesa das espécies ameaçadas pode ser feita com base em diferentes razões: a existência de obrigações dos seres humanos com a natureza, a importância dessas espécies para o equilíbrio ecológico ou mesmo para a produção de medicamentos. De modo similar, a responsabilidade objetiva pode ser justificada por diferentes teorias: eficiência econômica, fins distributivos ou concepções de direitos fundamentais”. MAUES, Antonio. Op. Cit.

<sup>60</sup> No pleito supracitado, “a ministra Rosa Weber defendeu que cabe ao Estado “adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico”. Para a ministra, ao longo dos anos, com o sistema de cotas raciais, as universidades têm conseguido ampliar o contingente de negros em seus quadros, aumentando a representatividade social no ambiente universitário, que acaba se tornando mais plural e democrático. Já a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha destacou que o sistema de cotas da UnB é perfeitamente compatível com a Constituição, pois a proporcionalidade e a função social da universidade estão observadas. ‘As ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres’, apontou, salientando que as políticas compensatórias devem ser acompanhadas de outras medidas para não reforçar o preconceito. Ela frisou ainda que as ações afirmativas fazem parte da responsabilidade social e estatal para que se cumpra o princípio da igualdade. Ao concordar com o relator, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que o voto do ministro Lewandowski praticamente esgotou o tema em debate. Ressaltou, porém, que “não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva da sua população”.

Na sequência da votação, o ministro Cezar Peluso afirmou que é fato histórico incontroverso o déficit educacional e cultural dos negros, em razão de barreiras institucionais de acesso às fontes da educação. Já o decano do STF, o ministro Celso de Mello sustentou que o sistema adotado pela UnB obedece a Constituição Federal e os tratados internacionais que tratam da defesa dos direitos humanos.” Matéria disponível em: < <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Último acesso em: 14/08/2015.

Ademais, o minimalismo demonstra um alto grau de respeito com pessoas que estão em desacordo com as questões teóricas fundamentais, quando se leva em conta o custo do erro. Logo, uma decisão (principalmente numa Corte Constitucional) deve levar em conta que não poderá nunca esgotar qualquer definição, conceito ou constructo de forma tão densa que não comporte uma alternativa em qualquer outra decisão particular. Ao tentar aplicar o contrário, ou seja, fundamentar de forma rígida e profunda uma decisão pode levar ao custo de um erro profundo e de grandes consequências, pois foca-se em apenas uma ou algumas teorias em detrimento de outras<sup>61</sup>.

O minimalismo é de extrema importância para o direito constitucional, e para a democracia constitucional, pois ele pode mais adequadamente refletir os limites institucionais do judiciário<sup>62</sup>. Além disso, o minimalismo judicial reduz os custos sociais e políticos<sup>63</sup> do desacordo em uma determinada decisão judicial, principalmente quando a questão em jogo é muito controversa ou incerta e com muita probabilidade de perdurar ao longo do tempo sem definição exata ou unânime<sup>64</sup>. Aqui, uma decisão minimalista opera como a melhor forma de abordar situações em que os agentes não possuem conhecimento e informações suficientes sobre as mais variadas demandas de uma sociedade plural e complexa, bem como é a solução para o constante desafio do limite de tempo que se mostra como legítimo *trade-off* entre valores democráticos e a decisão ideal<sup>65</sup>.

O estudo dos acordos teóricos incompletos carrega, ainda, uma preocupação com os fenômenos da construção e da interpretação constitucional, de modo a averiguar como estes

---

<sup>61</sup> SUNSTEIN, Cass. Beyond Judicial Minimalism U. Chicago. Public law and legal Theory Working Paper no. 237.

<sup>62</sup> Geralmente o poder judiciário carece de informação especializada ou o entendimento global dos efeitos de uma decisão. Assim, em se tratando de uma corte constitucional, em que ministros devem julgar casos com efeitos vinculantes e *Erga Omnes*, é necessária razoabilidade suficiente para que não se extrapole limites ou proceda com decisões que não possuem consequências mensuradas. Nesse sentido, é possível correlacionar o minimalismo com uma preocupação consequencialista da decisão. Além disso, os limites do judiciário são expostos também por meio da controvérsia da decisão contramajoritária e da dificuldade de legitimar as decisões perante o processo legislativo e a questão da soberania popular.

<sup>63</sup> Quando o mérito de uma decisão não contempla grandes teorias ou posições sobre a melhor disposição do bem comum, por exemplo, existe maior espaço para novas manobras e novos acordos. Em situações de considerável polêmicas, é uma vantagem para a liberdade e para a estabilidade e duração de um sistema constitucional que se possa considerar que uma decisão que imponha uma perda baseada em uma teoria *x*, aceite a mesma teoria *x* em outra área demandada. Nesse sentido que uma decisão minimalista se relaciona com a produção de acordos teóricos incompletos, pois ela não pressupõe de forma alguma esgotar o tema, e muito menos legitimar ou deslegitimar uma teoria considerada de grande poder abstrato e grande escala, como por exemplo, a ideia de liberdade em detrimento a igualdade.

<sup>64</sup> Deve-se ressaltar o modelo de estabilidade social que pressupõe novamente a influência do conceito de sociedade bem ordenada e duradoura de geração a geração preconizado por Rawls.

<sup>65</sup> A conclusão imediata que deriva dessa afirmação é que tais parâmetros e questões realistas sobre custos e desafios se opõem a teorias do direito com apelo a situações ideais e normativistas. Sunstein opõe explicitamente sua teoria ao juiz Hércules proposto por Ronald Dworkin. SUNSTEIN, Cass. Op. Cit. p. 49.

acordos se relacionam com os seus efeitos, principalmente quando não se sabe as consequências totais dos efeitos sistêmicos<sup>66</sup> gerados por eles. Via de regra, é ressaltada a importância dos acordos supracitados como um fenômeno universal na tomada de decisões acerca da interpretação constitucional e do direito constitucional em si. Afinal, eles colaboram positivamente para que se estabeleça um esforço na tomada de decisões eficazes em meio a discordâncias intensas em órgãos colegiados que detêm competência para gerar precedentes<sup>67</sup>. Tais instituições possuem a deliberação como valor e, acima de tudo, operam com a ideia de desacordos e conclusões provisórias, ao mesmo tempo em que busca de uma convergência temporal e transitória<sup>68</sup>.

Considerando o papel deliberativo desempenhado pelos acordos teóricos incompletos dentro de uma instituição com poder de decisão e de elaboração de precedentes, como o Supremo Tribunal Federal, é necessário destacar o caráter construtivo e temporário das decisões. Assim, o conceito de acordos teóricos incompletos contribui de forma direta para uma característica indispensável quando se evidencia a produção dessas decisões que geram precedentes, ou seja, a necessidade do silêncio conceitual. Ao deixar aspectos abertos dentro do acordo, a decisão se mostra transitória o suficiente para uma discussão posterior e maior progresso na matéria<sup>69</sup>, ainda que no momento presente esteja produzindo efeitos e garantido a segurança jurídica e estabilidade.

### **3. A análise de caso da ADI No. 4.815**

---

<sup>66</sup> Discutir o desempenho e o comportamento institucional de determinado tribunal, por exemplo, significa compreender o fenômeno das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos gerados por suas decisões e suas consequências que interagem na sociedade bem ordenada de um regime constitucional. Assim, pode-se afirmar que Sunstein considera argumentos consequentialistas como parâmetros para decisão. Sobre esses conceitos, verificar: SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 28, 2002.

<sup>67</sup> Interessante notar que a teoria dos acordos incompletos leva em consideração uma teoria do direito que retrate a realidade a partir de órgãos colegiados, ou seja, que a atuação dos agentes administrativos e políticos sejam o resultado da interação de diversos agente entre si. Esse tipo de teoria, por exemplo, contrapõe-se a inúmeras soluções normativas que consideram o juiz ou outro agente administrativo decidindo por ele mesmo, ou seja, decide-se como se fosse um único julgador. A crítica à ideia de um juiz singular em teorias de adjudicação é sintetizada por Lewis Kornhauser: KORNHAUSER, Lewis. Deciding Together (October 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37.

<sup>68</sup> Operar com a lógica dos acordos teóricos incompletos ajuda a reduzir custos políticos em divergências. Se as partes do direito constitucional repudiam teorias em grande escala, aqueles que foram prejudicados, em pequenos casos, perdem muito menos. Quando a lógica autoritária para o resultado é desvinculada de teorias abstratas do bem ou do direito, os perdedores podem submeter-se a obrigações legais, ainda que relutantemente, sem serem forçados a renunciar a seus maiores ideais.

<sup>69</sup> Acordos teóricos incompletos são valiosos quando a sociedade busca a evolução moral e o progresso ao longo do tempo. Um julgamento teórico incompleto não seria apto para acomodar mudanças sobre fatos e valores. Se uma cultura tiver atingido um momento de compreensão teórica finalizada, seria uma cultura inflexível, o que teria seu valor se isso a isentasse de erros, mas isto não é o que acontece.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 pode ser considerada um bom estudo de caso para lançar o desafio de uma análise relacional entre as duas matrizes teóricas abordadas. Os votos que geraram a decisão unânime do plenário foram fundamentados com premissa em teorias de larga escala e profunda abstração que não necessariamente são convergentes. No entanto, esses votos conseguiram um resultado fático e temporário em uma mesma direção, ou seja, convergiram no entendimento de que não é necessária autorização prévia para uma biografia. Essa ação desenvolve uma série de argumentos colaterais que podem ser considerados *obiter dicta*, porém em algum teor deve possuir uma *ratio* (ou algumas) que possa ser rastreada para futuros litígios.

Assim a autorização para a publicação de biografias foi questionada no pleno pela Associação Nacional de Editores de Livros (Anel), que alegava a incompatibilidade das liberdades de expressão e informação pelos que os artigos 20 e 21 do Código Civil. A relatora da Adin, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou que os artigos 20 e 21 do Código Civil deveriam ser interpretados conforme a Constituição. Logo, ela entendeu que a defesa dos direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de modo que o direito à ampla liberdade de expressão não deveria ser suprimido pelo direito que pessoas públicas têm quanto à sua intimidade e privacidade.

O Ministro Ricardo Lewandowski, votou pelo entendimento de que não seria cabível um instrumento de censura prévia para a produção biográfica, desde que não viesse a ofender o biografado, ou seja, pautou seu embasamento a partir de conceitos de responsabilidade civil e honra do biografado. O Ministro Gilmar Mendes pontuou que a necessidade de autorização infringiria a liberdade de comunicação e, em hipótese de o biografado sentir-se ofendido, além do pagamento indenizatório, seria pertinente a posterior publicação de ressalva ou edição corrigida. Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso também defendeu a capacidade de reparação por danos morais a posteriori por parte do ofendido pela publicação biográfica.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio evidenciou que biografia é sinônimo de memória nacional, ou seja, deve-se priorizar a possibilidade de produções de biografias sem necessidade prévia autorização. O Ministro utiliza a ideia de interesse coletivo a ser priorizado em face de um interesse individual. Seguindo a mesma perspectiva, a Ministra Rosa Weber reafirmou que a biografia é uma espécie de história que deve ser preservada. Os votos dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux também acolheram a ideia de uma preservação da identidade nacional e de interesse coletivo. Por fim, o Ministro Celso de Mello votou no

sentido de conservar a liberdade de expressão, com ressalva para o impedimento ao discurso de ódio, de forma que a autorização prévia, na maioria dos casos, demonstra ser um procedimento desnecessário.

Observa-se assim, uma profusão de votos que usam conceitos altamente teorizados que possuem diversas contradições e muitas diversas matrizes teóricas, desde conceito de responsabilidade e indenização por danos morais do direito privado a ideia de bem coletivo e colisão de direitos fundamentais, conceitos mais utilizados em direito público. Portanto, conceitos de alta escala e que muito provavelmente ensejariam novas divergências e controvérsias se fossem analisados por completo, por exemplo, a ideia de interesse coletivo, ainda assim foram utilizados na convergência de um mesmo resultado: a não necessidade de autorização prévia (um resultado concreto e operacional de como se deve proceder em caso da elaboração de uma biografia).

O caso concreto demonstrou a rápida pacificação de uma Corte que sustentou como fim a constituição do devido equilíbrio social, e não um longo discorrer sobre entraves teóricos e capacidade de persuasão. No entanto, é cabível a crítica sobre a utilização excessiva dos conceitos de teoria de larga escala, ainda que a convergência tenha sido atingida. Primeiro, porque a ideia de um minimalismo judicial e de do silêncio constitucional foi respeitado no que concerne o entendimento do que não seja necessária uma autorização prévia. Entretanto, a repetida exposição de muitos conceitos que não necessariamente dialogam entre si pelos ministros poderia levar a um novo entrave e conseqüentemente com retardamento sobre possível decisão concreta. Segundo, porque com a utilização de várias teorias diversas e com grandes votos, torna-se mais difícil um mapeamento analítico e uma identificação clara do que seja a *ratio decidendi* do caso e do que seja apenas um *obiter dicta*. Quais seriam as essenciais razões de decidir do caso em tela? Em uma ação que versa sobre o embate entre liberdade de expressão e direito a privacidade e que foi decidido que não é necessária prévia autorização para a elaboração de uma biografia, a principal causa de decidir foi dada a partir do entendimento do que seja interesse coletivo, história nacional ou um entendimento de que danos morais a partir do direito de imagem e honra, bem como responsabilidade do autor não são a priori limitações em caso que versem sobre liberdade de expressão da imprensa. Nesse sentido, o mesmo raciocínio vale para uma coluna de opinião em um jornal impresso que faça uma “mini biografia” de uma autoridade pública, por exemplo, e que esteja sendo contestada em primeira instância? Com isso, verifica-se no caso

em questão a dificuldade do poder de vinculação da decisão em decisões posteriores de instâncias menores.

Não apenas a *ratio* final fica comprometida quando um voto de tanta abrangência é utilizado, mas a operacionalização da autoridade vertical do precedente para cortes inferiores é prejudicada, pois não há clareza suficiente e muitos recursos de reclamação constitucional poderão ser usados, por exemplo, para diversa gama de possibilidades dentro do escopo da questão concreta em tela. Ainda que em muitos casos, o raciocínio utilizado pelo poder de vinculação e efeitos erga omnes seja tratar cada caso mais semelhante possível ao outro, Schauer já mostrou que isso é em última análise impossível. Uma teoria sobre precedentes deve sempre operar no sentido de clarear o real argumento que fundamentou a decisão para que ela produza efeitos em um campo claro de casos futuros.

### **Conclusão**

O presente artigo investigou duas teorias de precedentes no intuito de avaliá-las segundo o contexto atual do Brasil que adota cada vez mais os efeitos de vinculação de precedentes, principalmente os precedentes do STF. Nesse sentido, trabalhou-se com a ideia de uma teoria da decisão formalista que leve em conta a diferenciação entre o que seja a *ratio decidendi* de uma decisão que deve gerar efeitos vinculantes de forma horizontal e também vertical e o que seja *obiter dicta*, segundo Schauer. Além disso, analisou-se a ideia de acordos teóricos incompletos como medida necessária para conseguir digerir os desacordos inerentes de um colegiado plural e com ministros possuidores de visões de mundo diversas.

A teoria proposta por Schauer deve ser visualizada dentro de um contexto de um poder de autoridade institucionalizado, principalmente no que concerne o raciocínio legal que baseia a elaboração de precedentes. O conceito de *ratio decidendi* não é de fácil definição e sua identificação na decisão judicial muitas vezes gera controvérsias e debates. A ideia de *ratio decidendi* consiste justamente na parte que possui força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados, ou seja, possui autoridade vertical e também horizontal perante cortes e juízes singulares. Afirmou-se também que existe acordo apenas em uma única parte do precedente e é justamente isso que possui o efeito vinculante, ou seja, a *ratio decidendi*.

O artigo considerou ainda que os acordos teóricos incompletos ocorrem no momento da formulação de um precedente quando se obtém a convergência para um resultado concreto e temporário sobre determinada matéria, ainda que o fundamento dado a essa convergência

possua diversas teorias que podem ser concorrentes. Assim, os acordos teóricos incompletos são importantes para que decisões sejam tomadas, ainda que os juízes discordem das fundamentações que resultam em um resultado único: uma decisão possível.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 foi analisada com intuito de explorar a utilização dessas duas grandes teorias. Os votos da decisão unânime do plenário foram fundamentados com pressupostos em teorias de larga escala e profunda abstração que não são a priori convergentes, e muitas vezes, possuem base em campos diversos do conhecimento e do próprio direito (vide a dicotomia entre direito público e privado, ainda que essa dicotomia também possa ser contestada).

Os votos em questão conseguiram um resultado concreto e bem definido, ou seja, decidiram pelo entendimento de que não é necessária autorização prévia para uma biografia. Ainda no caso da Adin 4.815, verificou-se que a utilização de várias teorias e votos com grande extensão e carga argumentativa tornaram a identificação do que seja a *ratio decidendi* do caso e do que seja apenas um *obiter dicta* uma tarefa extremamente complicada e com efeitos práticos sensíveis, caso se adote a teoria de Schauer sobre autoridade vertical e horizontal do precedente. A possibilidade de desafios quanto à reprodução do precedente em instancias inferiores foi diagnosticada, por exemplo, qual a verdadeira razão de decidir do caso, uma vez que este verse sobre outros tipos de embates entre liberdade de expressão e direito a privacidade, como descrições pessoais em colunas de opinião em jornal? O artigo utilizou as duas teorias apresentadas como instrumental de análise crítica da produção de precedentes do STF, e confirma a hipótese de que a atuação do STF como tomador de decisões via precedentes se baseia em ambas as teorias.

### **Referências Bibliográficas**

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. **A argumentação Jurídica e teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MAUES, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, Dec. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.  
KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. Rawls, **Uma Teoria da Justiça e os seus críticos**. 2ª Ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

RAWLS. John. **Justiça como equidade: Uma Reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Liberalismo Político**. Ed. Ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Justiça**. 3ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Do Cases Make Bad Law?** KSG Working Paper No. RWP05-013. Fev. 2005.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 28, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **Incompletely theorized agreements**. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 147, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Beyond Judicial Minimalism**. U. Chicago. Public law and legal Theory Working Paper no. 237.