



JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA *LIQUID JURISPRUDENCE: CRITICAL REFLECTIONS ABOUT THE BRAZILIAN JURISPRUDENTIAL WEAKNESS.*

Thiago Aguiar Pádua

Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Professor da Graduação e Especialização em Direito. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Integrante dos Grupos de Pesquisa “Justiça Processual e Desigualdade – ISO”; “Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo”. Bolsista Capes. Advogado. Distrito Federal, Brasil.
E-mail: tsapadua@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3028359492754395>.

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago
DOI: 10.5585/rtj.v5i2.260
Submissão: 04.11.2015
Aprovação: 07.08.2016

RESUMO

O presente artigo realiza uma breve análise sobre a fragilidade da jurisprudência brasileira, realizando uma arqueologia das ideias sobre como tema era tratado na revista jurídica da mais antiga faculdade de direito do Brasil, a Universidade de São Paulo, perpassando pela discussão sobre a provocação do ministro Edson Fachin sobre o fato de o Brasil não possuir jurisprudência, como mote do presente ensaio.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência; Arqueologia das Ideias; Análise Crítica.

ABSTRACT

This article provides a brief review of the fragility of the Brazilian jurisprudence, performing an archeology of ideas on how the theme was treated in the oldest Brazilian's legal journal's,

¹ O título, que invoca Zygmunt Bauman, foi inspirado no comentário do colega mestrando Fábio Luiz Bragança Ferreira, a quem devem ser atribuídos os créditos, e ao professor Doutor Jefferson Carús Guedes, que cunhou a expressão “precedentes nativos”, a sugestão para falarmos em “jurisprudência viscosa”.

the University of São Paulo Law Review, passing into the discussion provoked for the Supreme Court Justice Edson Fachin about the fact that Brazil does not have jurisprudence.

KEYWORDS: *Jurisprudence; Archeology of Ideas; Critical analysis.*

1. AUSÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA “REAL” E “EFETIVA”, E TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL EMBUSTEIRA”

Responder à pergunta provocativa, de se existe jurisprudência no Brasil, e se existe (qual seria) uma teoria da decisão judicial, eis a questão. Basicamente, tendo como ponto de partida as observações do prof. Dr. José Rodrigo Rodrigues², do prof. Dr. Luiz Edson Fachin³ e do prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon⁴, a resposta somente pode ser a de que não existe jurisprudência no Brasil, mas a pergunta a ser respondida é mais sofisticada.

No Brasil a palavra jurisprudência pode ser estudada do ponto de vista de como ela era, ou ainda é, entendida pelos autores e professores que sobre ela escreveram na Revista da Faculdade de Direito da USP. Como se sabe, a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo foi publicada entre os anos de 1893 e 1934, mas com a criação da Universidade de São Paulo, e faculdade foi incorporada à USP juntamente com a sua revista, e a partir de então passou a ser publicada com o título de “Revista de Direito da Universidade de São Paulo”⁵.

A menção a Universidade de São Paulo se justifica em razão de que, ao lado da Faculdade de Direito de Olinda, foram as duas primeiras faculdades de direito criadas pela famosa e pouco conhecida Lei de XI de Agosto de 1828, que criou, conforme a linguagem da época “*dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda*”.

Ou seja, uma espécie de arqueologia sobre o que os professores estavam publicando de/para o universo jurídico da época, e que viria a influir na formação dos profissionais do Direito, juízes, desembargadores, ministros, advogados e membros do ministério público. Na

² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

³ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência. Texto base do SJA, enviado pelo autor em 23 de junho de 2014.

⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Poder: Quadro mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Conjur, 14 de julho de 2014.

⁵ Observa-se que a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo existiu entre os anos de 1893 até o ano de 1934, externando ao todo 33 publicações, sendo 29 volumes individuais anuais de 1893-1933, e no ano de sua extinção/transformação, em 1934 publicou 4 números no volume de nº 30. Houve, no entanto, um interstício no qual não ocorreram publicações entre 1914 e 1925, por atraso. Menciona-se a seguinte informação: “Tendo ficado em atraso a publicação da Revista, foi resolvido reunir em um só volume a matéria relativa aos anos de 1914 a 1925. A Redacção deixa aos Autores dos artigos nella publicados a maior liberdade de doutrina.”. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/archive?issuesPage=1#issues>>, acesso em 25.10.2014. Por outro lado, a partir de 1935 aos dias atuais retomaram-se as publicações, ora com volumes anuais divididos em 2, 3 ou 4 números. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/archive?issuesPage=4#issues>>, acesso em 25.10.2014.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

primeira fase da Revista (1893-1934), embora haja uma vasta e interessante produção, especialmente por parte de Pedro Lessa, que escreveu sobre socialismo⁶, Filosofia do Direito⁷, o Direito no Século XIX⁸, não houve discussão acadêmica específica sobre “jurisprudência”.

Escreveu-se sobre inúmeros assuntos, desde os “narcotizadores”⁹, passando pelo “afogamento”¹⁰, pela “morte súbita”¹¹, pelo “cadáver”¹², pela “menagem e pela lesa majestade”¹³, além da “filosofia teológica”¹⁴, e houve até a preocupação sobre como o instituto do “imposto sobre dividendos” era visto pelo Congresso e pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵, porém mais como uma preocupação decisória do que com algo que poderíamos aproximar sobre preocupações com “jurisprudência”.

Talvez um dos mais significativos escritos da revista sobre “o processo”, em seu primeiro período, seja aquele da lavra de João Arruda, de 1912, de quando ainda se aplicava o velho Regulamento 737, em artigo que fala sobre alguns problemas antigos, a demora na prestação jurisdicional, e de como ela estava ligada ao regime de custas que então se cobravam, quando o promotor, os oficiais de justiça e o juiz recebiam de acordo e na intensidade da diligência a ser praticada¹⁶.

E o escrito de João Arruda preocupa-se com costumes que seriam inúteis, embora as leis fossem boas, e que neste panorama de nada adiantaria alteração legislativa. Menciona, com base em Spencer, que certos capitães e capitalistas fugiam de certo país europeu, bastante impressionados com o fato de que as disputas entre os particulares eram resolvidas à bala, em razão da má distribuição da justiça. Neste sentido, o autor menciona em 1912 que se deveria fazer qualquer coisa para que o Brasil não chegasse a tal extremo, mas que na expressão “qualquer coisa” não estaria inclusa a modificação legislativa, mas sim a modificação dos costumes¹⁷.

Outro escrito importante deste período da revista, do mesmo ano (1912), é o artigo “O Ensino do Direito”, de João Mendes de Almeida Junior. Já nessa época havia uma preocupação com a necessidade de se conferir ao direito “uma direção mais prática”. Analisa-

⁶ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Que é o socialismo? Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 3 (1895).

⁷ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Philosophia do Direito. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 4 (1896).

⁸ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 8 (1900).

⁹ CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. Os narcotizadores. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 12 (1904).

¹⁰ CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. Afogamento. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

¹¹ CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. A morte subita. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 10 (1902).

¹² CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. O cadáver. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

¹³ CORRÊA DA SILVA, Raphael. Da menagem e da lesa-majestade. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 10 (1902).

¹⁴ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito segundo a philosophia theologica. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

¹⁵ VILLABOIM, Manoel Pedro. O imposto sobre dividendos no Supremo Tribunal Federal e no Congresso. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 11 (1903).

¹⁶ ARRUDA, João. Simplificação processual. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 20 (1912).

¹⁷ ARRUDA, João. Simplificação processual. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 20 (1912).

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

se o método de ensino praticado até então no Brasil, bem como realiza-se um contraste metodológico¹⁸.

Analisa-se “os *Inns of Court* dos ingleses”, os “*case-method* dos norte-americanos”, os cursos práticos e a investigação científica dos alemães, para concluir que o método então praticado no país (ainda em 1912), não precisava mudar, e que “os juristas formados nas nossas Faculdades não são inferiores, quer na teoria, quer na prática, aos juristas formados em faculdades que professam por outro método”¹⁹.

Passaram-se mais de 100 anos, e muitas alterações legislativas ocorreram, mas a distribuição da justiça ainda é oriunda de uma matéria prima que mantém velhos, deletérios e arraigados costumes. Passaram-se mais de 100 anos e o ensino do direito, infelizmente, ainda padece de graves e graves deficiências que não parecem ser suplantadas apenas com boa vontade e alguma crítica de cariz iconoclasta, e nem superada por ufanismos do tipo “o direito é nosso”. E em tantos e tantos anos sequer podemos falar de “jurisprudência”. Alguma coisa parece estar bastante errada!

Já na segunda fase da Revista (1935-dias atuais), e considerado todo o período (inclusive o primeiro) de sua existência, apenas em 1961 irá aparecer um artigo voltado a tratar do que denomina de “jurisprudência”. Cuida-se do artigo de Washington de Barros Monteiro²⁰.

Em 7 páginas, exatas e concisas, Washington de Barros Monteiro trata do “sentido e da origem do vocábulo”, seu “papel nos tempos modernos” e seu “valor científico”, sua “autoridade”, sucedida por uma conclusão geral. Remonta-se ao direito romano para mencionar que para os romanos “*juris prudentia*” era “a própria ciência do direito”, e que “*juris prudentes*” eram os homens capazes “que determinavam o direito aplicável aos casos concretos”. Vinculadas a “interpretação do direito”, buscando força em Ulpiano para afirmar que era jurisprudência “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”²¹.

Afirma-se que em 1961, época em que o artigo foi publicado, a palavra “jurisprudência” era mais comumente utilizada para mencionar “o conjunto das decisões dos tribunais, em oposição à doutrina” que era exposta nos livros de direito. E que no Brasil a jurisprudência representava, possivelmente, “a parte mais concreta do trabalho jurídico”²².

¹⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 20 (1912).

¹⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 56, n. 2 (1961).

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 56, n. 2 (1961).

²² MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

De se destacar que o autor mencionara que “muitas vezes” a jurisprudência revelara-se “contraditória”, “formalista”, “retrograda” e mesmo “mesquinha”, “merecendo o apêlo de Shakespeare, que a comparou à Bíblia, onde o próprio diabo pode encontrar argumentos”, que lhe “justifique os atos”. Aliás, literariamente, ainda mencionou Monteiro Lobato, na asserção de que a jurisprudência “é a menos razoável de todas as razões!”²³.

Mencionou-se, aliás, que mesmo existindo norma com determinação para “conferir força normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, por meio do Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, tal diploma normativo não prevaleceu, segundo o autor, porque por mais insistente que seja a jurisprudência, “não constitui norma imperativa, a cujo comando não se possa fugir”, mencionando que isso estaria adequado, pois “o único compromisso que têm os juízes é com a lei e a própria consciência”²⁴.

Após este artigo, outros houveram em distintos momentos da revista da USP tratando do tema específico da “jurisprudência”: “*La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho fiscal de la República Federal de Alemania*” (1968) de Klaus Vogel²⁵, “a jurisprudência como direito positivo” (1971), de Rubens Limongi França²⁶, “Abstração e sistematização na Iurisprudentia Romana” (2002), de Guido Fernando Silva Soares²⁷, “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?” (2006), de Estêvão Mallet²⁸, e, “Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano)” (2006), de Ignácio Maria Poveda Velasco²⁹.

Fato é que, ao que consta, nos dias atuais, não podemos falar que existe jurisprudência no Brasil, tal como especificado por Luiz Edson Fachin, pois “jurisprudência é método, e deve corresponder ao resultado de compreensão de sentidos sobre determinado campo jurídico”, que sejam propostos pela doutrina, bem como explicitados através dos julgamentos por meio de entendimentos consolidados emergentes dos tribunais e projetados na cultura jurídica do país³⁰.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência.

²⁵ VOGEL, Klaus. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho fiscal de la República Federal de Alemania. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 63 (1968).

²⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Da jurisprudência como direito positivo. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 66 (1971).

²⁷ SILVA SOARES, Guido Fernando. Abstração e sistematização na Iurisprudentia Romana. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97 (2002).

²⁸ MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 101 (2006).

²⁹ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 101 (2006).

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência. Texto base do SJA do Prof. Pablo Malheiros, UniCEUB, enviado pelo autor em 23 de junho de 2014. *Mimeo*.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Assim, não há jurisprudência em um adequado sentido sem que esteja presente sólida cultura de cariz hermenêutico. Malgrado exista entre nós uma opulenta produção de literatura jurídica, bem como uma grande e fecunda atividade jurisdicional, observamos que não existe o preenchimento daqueles significados que caracterizariam a jurisprudência³¹.

Até porque o que se observa, em verdade, é uma espécie de “dupla falta”. A primeira delas é a falta de solidez hermenêutica na conjuntura dos chamados “precedentes dos tribunais”, que deveriam evocar a um só tempo a) estabilidade, e b) previsibilidade, que são próprias do que chama-se de “verdadeiro sentido de jurisprudência”³².

Falta ainda, por outro lado, um significativo conjunto reiterado e constante de comentários críticos e efetivos das decisões judiciais. Ou seja, temos decisões judiciais, mas não jurisprudência. Observa-se que se eventualmente apanharmos o “conjunto de precedentes” de Tribunais Estaduais e mesmo do Superior Tribunal de Justiça, estaremos diante da ausência de jurisprudência. Observe-se que precedente não se confunde com jurisprudência³³.

Alega-se como exemplo os julgamentos e as decisões judiciais que se refiram ao artigo 1790 do Código Civil, em que não há segurança doutrinária e nem judicial ao se falar sobre se ele é “constitucional ou não”, no que se refere à sucessão hereditária do companheiro, não existindo resposta segura, mesmo com o transcurso de mais de 10 anos de vigência da referida Lei³⁴.

O que existe entre nós, observa-se, não passa de um mero conjunto de decisões que são elevados ao patamar de teses, ou que eventualmente são colocados em determinados assuntos em recursos especiais repetitivos ou enunciados de súmula de jurisprudência dominante, muito embora isso não tenha servido (ou venha servido) para conferir estabilidade e segurança jurídica, caracteres que se esperam de uma “verdadeira jurisprudência”, sendo de se notar que o país é carente de uma “assentada cultura hermenêutica”³⁵.

Embora haja uma profusão de utilização de doutrina jurídica para fundamentar as decisões judiciais, alega-se que haveria no Brasil uma “incompletude de mão dupla”, pois nem os juízes não levam a sério a doutrina, buscando apenas legitimar decisões que já teriam sido adotadas “*ex ante*”, e que também a doutrina, embora com honrosas e raras exceções, não levaria a sério o que seria (ou deveria ser) a “jurisprudência”.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência.

³² FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência.

³³ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Temos aqui, quer nos parecer, o problema do “realismo jurídico”, e da importação acrítica de institutos e instituições jurídicas. Um diálogo também é possível através de um texto escrito pelo juiz Federal George Lima Marmelstein, texto este com título provocante “A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação”³⁶.

Um *topoi* nesta discussão é o reconhecimento, ou a premissa, de que não se costuma assumir os preconceitos existentes, e que no chamando “mundo do politicamente correto”, as pessoas querem transmitir a impressão de que integram o “grupo dos mocinhos”, mas o resultado disso seria o alcance de um mundo prenhe de desonestidade e hipocrisia, e isso teria muito que ver com o mundo do direito³⁷!

Especialmente porque o mundo do que é “aparente” tem maior validade do que o mundo das “reais convicções”, que não se restringe as roupas caras, as vestes talares e a linguagem particularmente fria e pomposa dos profissionais do direito. Vale especialmente esta reflexão para o terreno da argumentação, no qual as “mentiras exteriorizadas” teriam mais relevância do que “as crenças sentidas”, porém não ditas, tornando a argumentação jurídica “o antro da dissimulação”, vale dizer, o local em que “os juristas jogam pra debaixo do tapete os “fatores reais do decidir” toda vez que eles possam colidir com a aparência do “bom direito”³⁸.

Alega-se que o que importa é o fato de que a decisão tenha apenas “aparência de validade”, e não que ela seja efetivamente válida, ou seja, o bom direito seria na realidade uma dissimulação. Assim, para dar uma aparência de validade a suas perspectivas, os profissionais do direito “apenas mostram os argumentos” como se eles estivessem em consonância com as chamadas “normas legais”, “fontes oficiais” dotadas de positividade³⁹.

Neste sentido, os fatores que venham a se chocar com o “bom direito” são deliberadamente evitados ou como queiram, ocultados, e assim, muito embora a solução jurídica venha a ser inspirada em “fatores exteriores” ao sistema normativo, o juiz esforça-se para desenvolver uma justificativa que ao menos em “aparência” seja condizente com aquilo que se espera de uma decisão judicial⁴⁰.

Ou seja, há um certo entendimento interpretativo por parte dos próprios juízes de que não seria necessário fornecer todas as “reais razões” que os levaram a adotar as decisões judiciais, mas que simplesmente sejam apresentadas justificativas compatíveis com o sistema

³⁶ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação. Direitos Fundamentais, 11 de março de 2014.

³⁷ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

³⁸ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

³⁹ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁰ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

jurídico, mesmo que o sistema não tenha nenhum tipo de influência “na formação do juízo decisório”⁴¹.

Conforme observado pelo mesmo George Marmelstein, o jurista inglês Patrick Delvin, no livro “The Judge”, afirma que o juiz deve mesmo “mentir” para manter as aparências de aplicação positiva do direito, e para ele, mesmo que seja necessário um “afastamento da lei para fazer justiça substantiva”, ao magistrados não deveriam assumir abertamente essa atitude, uma vez que os “reais motivos da decisão” precisam ser ocultados “em nome das aparências que dão sustentação às instituições responsáveis pela realização do direito”⁴².

Perplexo, o autor aponta a “curiosidade” de que no meio jurídico essa lógica de “fingimento deliberado” geralmente é aceita sem que haja questionamentos. Não é costumeiro as pessoas se preocuparem com “o que está por detrás da argumentação jurídica”, e vale, como regra no meio jurídico, apenas “o que foi decidido”, escrito e apresentado de maneira pretensamente “objetiva” como “razão de decidir”, mesmo, e ainda, que isso seja oriundo de um “mal-disfarçado embuste”⁴³.

Observa-se que dentro do contexto da teoria da argumentação jurídica tal contexto de “embuste judicial”, e esse termo pode ser depreendido a partir da interpretação de George Marmelstein, seria reforçado em face da “distinção” entre o “contexto da descoberta” e o “contexto da justificação”, já conhecida no âmbito da filosofia da ciência⁴⁴.

Por um lado, o contexto da descoberta representaria o “momento criativo e introspectivo da elaboração da solução para o problema”, no qual a própria palavra “descoberta significa tão somente um “jogo de linguagem”, uma vez que “no mais das vezes, a solução é construída ou inventada e não propriamente descoberta”. O momento “introspectivo” geralmente costuma ser considerado como “irrelevante” para uma análise da “validade da resposta”⁴⁵.

Relevante seria, entretanto, para o controle da racionalidade jurídica, exclusivamente os fatores que foram exteriorizados “no contexto da justificação”, que é considerado como o “momento objetivo em que o solucionador do problema apresenta as razões por ele desenvolvidas após a “descoberta” da resposta”⁴⁶.

Alega-se também que, em razão de não parecer haver um “liame lógico” que seja necessário entre o “momento da descoberta” e o “momento da justificação”, o julgador não

⁴¹ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴² MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴³ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁶ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

necessariamente precisaria exprimir todos os motivos que o levaram àquela decisão, ou que deixaram de tomar uma outra espécie de providência requerida, ou seja, exige-se apenas, como já mencionado, que “suas razões exteriorizadas sejam compatíveis com o sistema normativo, ainda que o próprio solucionador do problema não acredite seriamente nessas razões”⁴⁷.

Menciona-se que uma tal cisão entre o momento da descoberta e o momento da justificação seria o campo mais fértil para o florescimento do embuste, da farsa e da dissimulação, vale dizer, uma pessoa pode vir a ser um justiceiro messiânico, um super-herói de toga, preconceituosa, racista, corrupta, mesquinha, “generosa com o chapéu alheiro”, vingativa, leniente, e mesmo assim utilizar tais “atributos” no momento da “descoberta da decisão”, mas desde que este julgador apresente sua justificação como resposta travestida com a roupagem do “bom direito”, “todos os seus pecados serão expiados, e a sua palavra pode se tornar a encarnação da justiça!”⁴⁸.

Chama-se a isso também de “hipocrisia judicial”, o mesmo que “embuste judicante”, e parece necessário superar essa questão, e o primeiro passo seria através do reconhecimento de que existe uma relevância metodológica do “momento da descoberta”, com vistas a permitir que se verifique a existência da “real correlação” entre a decisão judicial e os reais motivos que inspiraram o acolhimento e/ou o afastamento das razões invocadas pelas partes⁴⁹.

Chama-se de “rede axiológica” a integração entre os valores orientadores da atividade judicante que devem estar presentes em todo o processo de realização do direito, desde a formação o chamado juízo decisório, passando pela integração e interpretação jurídicas, chegando-se a argumentação. Sem um tal entrelaçamento metodológico de absolutamente todas as fases do processo de realização do direito, esta “não passará de um embuste, ou seja, de um ornamento de fachada que tenta dissimular os escombros de um decisionismo nem sempre bem orientado”⁵⁰.

Já se mencionou⁵¹ que a teoria de Arthur Goodhart acerca da “*ratio decidendi*”⁵² teria sido uma resposta a duas das maiores inclinações intelectuais que estiveram em grande evidência no primeiro quarto do século XX, e que colocavam em perigo a inteligibilidade da concepção da *ratio decidendi*: 1) realismo jurídico; e, 2) positivismo lógico. Arthur Goodhart teria concedido ao realismo jurídico o crédito de que “o que os juízes dizem em suas opiniões

⁴⁷ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁸ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁴⁹ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁵⁰ MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação.

⁵¹ SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the twentieth Century. *The King’s College Law Journal*, 16 KCLJ, 311-328, (2005), p. 312.

⁵² GOODHART, A. L. Determining the ratio Decidendi of a case, 40 *Yale Law Journal*, 1930.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

judiciais não precisam ser tomadas em conta para explicar o porquê de eles decidirem os casos da maneira como fazem”, e ele fez isso concedendo ao positivismo lógico uma maneira para articular “*rationes decidendi*” com terminologia menos metafísica do que teria ocorrido no passado⁵³.

Ou seja, a questão parece concentrada na confluência entre as teses de Herman Oliphant e de Arthur Goodhart, respectivamente centradas nas alegações de que “os fatos que influenciam o juiz são mais importantes do que o que os juízes têm a dizer” e de a ‘*ratio decidendi*’ não é necessariamente encontrada em um pronunciamento do julgador sobre o direito”, mas que isto, entretanto “de nenhuma maneira conflita” com sua visão “de que ao determinar o princípio do caso, nós estamos atados ao pronunciamento do juiz acerca dos fatos materiais aos quais ele baseou seu julgamento”⁵⁴. Um pouco de realismo jurídico faz mal a mais do que ninguém.

2. BREVES REFERÊNCIAS SOBRE ATIVISMO JUDICIAL, REALISMO JURÍDICO, MATRIXPRINCIPIOLOGISMO E “TWILIGHT ZONE” (OU “ALÉM DA IMAGINAÇÃO DA ZONA [DE PENUMBRA] CONSTITUCIONAL”)

“Estamos submetidos a uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juizes dizem que ela é.” Charles Evans Hughes⁵⁵.

“Por vezes, a Constituição não diz tudo que a gente quer...E, quando não diz, não é conveniente torcê-la.” L. Streck.⁵⁶

Em sua maioria, o atual estado da arte a que se reduziu a discussão acerca do tema do “ativismo judicial” no Brasil “agigantou-se” para um emaranhado de chavões, clichés vazios⁵⁷ e lugares comuns, impregnados de um latente estado de “mais do mesmo”. Pior até: o tema do “ativismo judicial” tem sido tratado ao “modo tábula rasa” assim como mencionado por Lenio Luiz Streck⁵⁸, com ares de dramaticidade pois foi até mesmo inserida a expressão “ativismo

⁵³ SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the twentieth Century. p. 312.

⁵⁴ SCOFIELD, Robert G. Goodhart’s Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the twentieth Century. p. 321; OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis, 14 American Bar Association Journal 71, 159, (1928); GOODHART, A. L. Determining the ratio Decidendi of a case.

⁵⁵ LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos: Uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001, p. 10.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)? Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014, p. 283.

⁵⁷ BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. Capital University Law Review, v. 36, 2008, p. 493; NORBERG, Jakob. The Political Theory of the Cliché: Hannah Arendt Reading Adolf Eichmann. Cultural Critique, n. 76, 2010, p. 77-80; GOLDBERG, Jonah. The Tyranny of Clichés: How Liberals Cheat in the War of Ideas. New York: Sentinel, 2012, p. 1-4, 17; REHNQUIST, Willam H. Government by Cliché: Keynote Address of the Earl F. Nelson Lectures Series. 45 Missouri Law Review, vol. 45, nº 3, 1980, p. 379-381.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)? Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014, p. 284.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

judicial” como “princípio norteador” do “anteprojeto de código de processo coletivo brasileiro” (art. 2º, letra ‘i’)⁵⁹, sem que houvesse à época, e ainda hoje, um consenso mínimo sobre o seu significado.

Observa-se questão adicional de complexidade em razão de o conceito de “ativismo judicial” ser atécnico e fugidio⁶⁰, além de estar vinculado a observação da Suprema Corte americana durante o período do “New Deal”⁶¹ e o termo cunhado por um ardoroso defensor de sua história, o historiador Arthur Schlesinger Jr que em 1947 escreveu famosa reportagem para a revista *Fortune*⁶².

A densa pesquisa de Clarissa Tassinari desvela que temos uma importação acrítica do termo, além de uma ausência de consenso semântico mínimo acerca do que se entende por ativismo judicial, ora significando exagerada interferência judicial na sociedade (protagonismo judiciário), ora aquela expressão acaba sendo invocada de maneira aleatória como “critério de conveniência”⁶³. Fala-se também sobre a erronia e o equívoco da importação de algumas ideias estrangeiras, e o ativismo judicial certamente parece ser um deles⁶⁴.

Casos julgados pelo STF tem sido submetidos a alguma crítica e análise jurídica sobre representarem – ou não – ativismo judicial. Um belíssimo e raro caso na academia brasileira em que renomados e robustos autores falam sobre um mesmo caso em um mesmo número de publicação de revista acadêmica ocorreu com a análise jurídica do reconhecimento da equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas (ADPF 132). Trata-se dos

⁵⁹ Eis a redação do referido dispositivo constante do “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de Janeiro de 2007, “Ministério da Justiça – Última versão Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo”, precedido de “Exposição de Motivos” de Ada Pellegrini Grinover: “Art. 2º. Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva: (...) i. ativismo judicial;”. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com.br/2007/05/cdigo-brasileiro-de-processos-coletivos.html>>, acesso em: 1.10.2014.

⁶⁰ GONET BRANCO. Paulo Gustavo. Em Busca de um conceito fugidio – O Ativismo Judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial, Salvador: Juspodivm, 2011. p. 389.

⁶¹ Verifique-se a observação de Lenio Luiz Streck de que “o típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao New Deal, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt”. Cfr.: STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)? *Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014, p. 283.

⁶² SCHLESINGER JR. Arthur M. *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, vol. XXXV, Jan. 1947, p. 201; SCHLESINGER JR. Arthur M. *A Life in the 20th Century: Innocent Beginnings, 1917-1950*, New York: Houghton Mifflin, 2000; BARRETT, John Q. Arthur M. Schlesinger Jr. – in Action, in *Archives, in History*. John Q. Barret, 2007.

⁶³ A referida autora menciona ainda a existência de um “ativismo judicial à brasileira”, terminologia que evidencia ao menos duas importantes questões. Em primeiro lugar, haveria a conjugação de duas tradições (brasileira e norte-americana). Em segundo plano, seria possível que esteja implícita a crítica à utilização destes termos sem vinculação ao “contexto de seu surgimento”, implicando ao mesmo tempo a “transposição equivocada” do conceito, e ainda, “a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”. Cfr.: TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 92-128.

⁶⁴ Menciona-se, aliás, que do “ponto de vista interpretativo” o pensamento jurídico nacional realizou ao menos 3 recepções equivocadas: 1) ativismo judicial; 2) a fórmula da ponderação, e, 3) a jurisprudência dos valores. Cfr.: STRECK, Lenio Luiz. *A Interpretação da Constituição no Brasil: Breve Balanço Crítico*. *Revista Paradigma*, a. XVII, n. 21, p. 2-35, jan./dez. 2012.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

escritos de Lenio Luiz Streck⁶⁵ e de Luís Roberto Barroso⁶⁶ no primeiro número da revista *Direito.UnB*. Chega a ser notável como as análises empreendidas são efetiva e diametralmente opostas.

O primeiro autor fala em “criação de uma constituição paralela”⁶⁷, estabelecendo-se poderes de emendar permanentemente à Constituição, mencionando-se um “hiperativismo”, reconhecendo todos os problemas decorrentes dessa expressão, bem como diferenciando “ativismo judicial” de “judicialização”, e o primeiro caso cuidaria mesmo de um “matrixprincipiologismo”, como referido em outra ocasião pelo mesmo autor⁶⁸. Ressalte-se que Lenio Streck não é contrário ao reconhecimento da igualdade e nem dos direitos, mas apenas é refratário à maneira como isso se deu⁶⁹. Parece claro que o espírito que anima o escrito é o de que os fins não podem jamais suplantar os meios.

O segundo autor, por outro lado, entende que houve a “aplicação dos métodos de integração” do direito, vale dizer, a utilização da “analogia”, e esta consistiria na “aplicação de uma norma jurídica concebida para dada situação de fato a outra situação semelhante” não inicialmente prevista pelo legislador [leia-se: Poder Constituinte].

Menciona-se, também, que “para que a analogia seja cabível” se faz necessário que ambas as situações ostentem os mesmos elementos essenciais que eventualmente motivaram um específico e determinado tratamento jurídico, e Luís Roberto Barroso menciona que era “exatamente essa a hipótese que estava em discussão”⁷⁰. Parece claro que o espírito que anima o escrito, como o interpretamos, parece ser o de que o direito não pode ser um fim em si mesmo.

Se o direito não pode ser um fim em si mesmo, e ninguém o disse que seria, esta possível reflexão em Luís Roberto Barroso pretende possivelmente fugir da alegação de que os fins não podem ser suplantados pela justificação dos meios, mas é inegável que o

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)?

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Uniões Homoafetivas: Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis entre Parceiros do Mesmo Sexo. *Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)?, p. 284-285.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum: Juiz brasileiro é do tipo “prefiro não fazer”? Eu não acredito! *Conjur* de 29 de maio de 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-29/juiz-brasileiro-tipo-prefiro-nao-eu-nao-acredito>>, acesso em 29.05.2014.

⁶⁹ Em entrevista concedida à revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, indagado sobre a decisão ora em comento, Lenio Streck disse que: “Se eu fizesse um raciocínio teleológico, poderia responder que a decisão foi boa. Ocorre que não é possível concordar com os fundamentos da decisão. Ela é um caleidoscópio de opiniões pessoais. Penso que a decisão ingressou naquilo que venho denominando de panprincipiologismo, que, em verdade, é um subproduto dessa tardia jurisprudência dos valores à brasileira. Depois dessa decisão, o STF está legitimado entre aspas a fazer qualquer “alteração” semântica na Constituição. E isso é um problema para a democracia.” Cfr.: STRECK, Lenio Luiz. [Entrevista]. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, out.-dez./ v. 81, n. 4, ano XXIX, 2011, p. 17. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>, acesso em 1.10.2014.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Uniões Homoafetivas: Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis entre Parceiros do Mesmo Sexo.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

raciocínio se obnubilaria e cairia em um matreiro “realismo jurídico nativo”⁷¹, embora tendo por espelho o realismo jurídico norte-americano, mais complexo e com uma história enraizada nas instituições e na prática cotidiana dos Estados Unidos⁷².

Fins, meios e decisões judiciais. Vale dizer, é exatamente a interpretação que realizamos acerca da concentração discursiva de Luís Roberto Barroso no sentido de que o direito não pode ser um fim em si mesmo, e a contraposição de Lenio Streck que interpretamos no sentido de que os fins jamais podem suplantar os meios”. Ou, respectivamente: “realismo jurídico” (Barroso) e “antirrealismo jurídico” (Streck).

Afirma-se aqui de maneira breve e sucinta que em larga medida, as razões de pedir, opinar e decidir (respectivamente nas petições iniciais, em pareceres e decisões judiciais) da forma como realizadas no Brasil (de uma maneira geral), e as quais podemos denominar provisoriamente de “realismo jurídico nativo”, guardam uma enorme concessão e desejo de albergar as premissas do “realismo jurídico”, especialmente no que concerne ao fato de primeiro se “tomar a decisão para depois a fundamentá-la”, e ao lema maior do realismo, na epítome do discurso de Elmira, proferido por Charles Evan Huges: “Estamos submetidos a uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é.”⁷³, à base do “quero, porque quero”, “peço, porque peço”, do “opino, porque opino” e do “decido, porque decido”.

Um livro seminal que aborda com densidade a origem das ideias americanas é o famoso “The Metaphysical Club”⁷⁴, de Louis Menand e que é o epicentro da análise realizada por Arnaldo Godoy em seu “Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano”⁷⁵. O chamado “pragmatismo” é o “pano de fundo filosófico do realismo jurídico norte americano”, cuja preocupação reside em investigar o que pensam as pessoas, sem que se indaguem os motivos pelos quais as pessoas pensam, e tal modelo é apreendido na seguinte sentença, representativa desse ideário: “porque precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente?”⁷⁶.

O conceito central do pragmatismo, do ponto de vista jurídico, foi formulado por Oliver Wendell Holmes Jr, na afirmação de que “*first we decide, than we deduce*”, no sentido

⁷¹ Há uma anterior referência a certos “precedentes nativos”, uma vez que os diversos modelos nativos de aproveitamento dos “precedentes”, criariam uma espécie de mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho multifacetado amplia a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que “produz e transmite na aplicação do direito”. Cfr.: CARÚS GUEDES, Jefferson. Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

⁷² Para uma densa e excelente abordagem sobre o Realismo Jurídico dos Estados Unidos, confira-se, ao menos duas obras de importância maiúscula: MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013.

⁷³ LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos: p. 10.

⁷⁴ MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

⁷⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013.

⁷⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 25.

de que primeiro o juiz decide e, em seguida, justifica sua decisão formulando mecanismos lógicos de dedução⁷⁷.

Conforme apontado por Arnaldo Godoy, em apertada síntese, o pragmatismo abandona tradicionais modelos de verdade, racionalidade e objetividade, promovendo assim certo niilismo e ceticismo que subverteriam a liberal democracia; assim, o pragmatismo centrar-se-ia na questão da “verdade”, concebendo-a como aquilo que se admite como tal⁷⁸.

O pragmatismo americano foi fortemente influenciado por Charles Darwin e por John Stuart Mill, e se desenvolveu nos meios acadêmicos, primeiro em Harvard com Charles Sanders Peirce e William James, e depois em Chicago e Nova Iorque, quando se torna filosofia nacional a partir da forte influência de John Dewey. Influenciou, ainda, o cientista Thomas Kuhn, cuja obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, tornando-se presença obrigatória no discurso epistemológico contemporâneo.⁷⁹

Interessante nisso tudo é o fato de que o núcleo original dos ideólogos do pragmatismo era um grupo que se autointitulava “The Metaphysical Club” ou “O Clube Metafísico”, que se reunia para discutir temas que vieram a influenciar juizes, professores, políticos e profetas sociais nos Estados Unidos, a partir de 1870⁸⁰.

Tomavam parte nessas reuniões os seguintes vultos: William James, então professor em Harvard; Oliver Wendell Holmes Jr., que viria a ser Juiz da Suprema Corte Americana, Chauncey Wright, filósofo da ciência, Charles Sanders Peirce, cientista e também teórico da ciência, além dos advogados Nicholas St John Green e Joseph Bangs Warner. Desse grupo, James veio a ser reconhecido como o maior divulgador do pragmatismo, Holmes como o ícone da Sociologia Jurídica, enquanto Peirce ganhou o status de fundador da teoria dos signos, que viria a ser explorada na Europa por Ferdinand de Saussure.⁸¹

A propósito, Peirce mencionava que o uso dos signos é atividade interminável, pois assim como não se consegue sair de um dicionário, porque uma palavra leva a outra, do mesmo modo não conseguimos escapar do universo simbólico, porque cada símbolo nos envolve e nos remete sempre para outras referências.⁸²

Tal assertiva seria ainda mais evidenciada pelo fato de o pragmatismo ser percebido em autores tão distintos como Benjamin Cardozo, que foi Juiz da Suprema Corte Americana,

⁷⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 27.

⁷⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 27.

⁷⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 25-26.

⁸⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 26.

⁸¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 27.

⁸² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 27.

Artur Scheslinger Jr, que se vinculou à administração Kennedy (e criador da expressão judicial activist) e Harold Bloom, famoso e influente crítico literário⁸³.

O pragmatismo viria a impugnar qualquer ideia de neutralidade, insistindo num comportamento comprometido do pensamento, bem como na relação existente entre fins e meios. Afirma-se: “quando se diz a uma criança que o mundo é assim mesmo, não se está fazendo observação neutra ou vazia de intenção prática.”⁸⁴

Assim, humanismo, pragmatismo, pragmaticismo e instrumentalismo seriam expressões convergentes para o núcleo conceitual do movimento, segundo o qual “todo o conhecimento o é para alguma coisa.”⁸⁵

Para tal discursividade o Realismo Jurídico Norte-Americano seria a versão forense do pragmatismo, pretendendo ler a vida sob uma visão relativista, de experimentalismo e otimismo, em que o “jogo da justiça” será dissecado, vale dizer, a verdade dos autos irá ceder à verdade da circunstância, em razão da inadmissibilidade de uma verdade que se possa chamar de real⁸⁶.

Alega-se que o Realismo Jurídico Norte-Americano teria levado ao limite a premissa segundo a qual os juízes primeiro decidem e somente depois deduzem, logicamente, a fundamentação, e, ao ver dos Realistas, o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, enquanto as reflexões jurídicas seriam mecanismos de resolução de problemas concretos⁸⁷. A propósito, lê-se em Jerome Frank que os juízes, intuitivamente, decidem primeiro e só depois, trabalhando “para trás”, saem em busca de fundamentos lógicos para as suas decisões⁸⁸. Afinal, como dizia Holmes, “a qualquer conclusão pode-se dar forma lógica”⁸⁹.

Arnaldo Godoy observa que o pensamento jurídico brasileiro atual vive mais uma crise, na qual patina entre a transição do formalismo de feição positivista para o “neoformalismo” pretensamente crítico, mas “incapaz de transcender à neodogmática” de teorias sistêmicas, neocontratualistas e aliciadoras de uma suposta razão comunicativa, pilares de um discurso vazio, atuando como “agentes de um neokantismo que não se tem coragem de abandonar.”⁹⁰ Os fatos determinariam as decisões, daí a crítica à apropriação da lógica pelo

⁸³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 27.

⁸⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 28.

⁸⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 28.

⁸⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 33.

⁸⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 33.

⁸⁸ FRANK, Jerome Frank. Derecho e Incertidumbre. México: Fontamara, 2001, p. 92.

⁸⁹ BRUTAU, José Puig. La jurisprudencia como fuente del derecho. Barcelona: Bosch, s/d, p. 39.

⁹⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 5-6.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

direito e à sentença de Holmes, que servia de mote para os Realistas, afirmando que direito não é lógica, e sim experiência⁹¹.

Observa-se que a herança e as influências do Realismo Jurídico Norte-Americano ensejariam o que se denomina de “teoria da ferradura”, para a qual este movimento teria oxigenado tendências que se identificam tanto com a direita quanto com a esquerda do pensamento jurídico americano⁹². Mais à direita, evidenciam-se os vínculos do Realismo com o movimento “Direito & Economia” (*Law and Economics*), na versão inicial enunciada por Richard Posner⁹³.

Por outro lado, mais à esquerda, são também claras as relações do realismo norte americano com o movimento “*critical legal studies*”, na sua percepção originária, a partir de Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet e Duncan Kennedy⁹⁴.

Não por acaso tornou-se famoso o discurso de Elmira (*Speech before the Elmira Chamber*) – acima já referido, proferido por Charles Evans Hughes em 1907, três anos antes de ser nomeado para a Corte Suprema, da qual viria a ser presidente, ao dizer que “Estamos submetidos a uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é”⁹⁵. Esta é a faceta mais recordada quando se pensa em ativismo judicial ou em realismo jurídico. Mas a pronta resposta de Lenio Streck, epigrafada, é incontornável: “Por vezes, a Constituição não diz tudo que a gente quer...E, quando não diz, não é conveniente torcê-la”⁹⁶.

Logo, a frase de Charles Evans Hughes somente seria constitucionalmente aceitável de fosse dissecada, decomposta e recomposta, com a advertência de Lenio Streck, e passaria a significar algo como “Estamos [sempre] submetidos a ~~uma~~ Constituição, mas [e] a Constituição [até pode ser, também] o que os Juízes dizem que ela é [desde que se reconheça que por vezes a constituição não diz tudo que a gente quer... E, quando não diz, não é conveniente torcê-la]”.

E isto porque “o voluntarismo, o heroísmo, o messianismo e o subjetivismo na prestação jurisdicional devem ser evitados”, uma vez que se deve buscar uma comunidade republicana na qual o juiz deve ser considerado um cidadão, e não um herói ou rei filósofo⁹⁷.

Outra célebre passagem de Cardozo expõe as vísceras realísticas. Disse ele, então, que: “o que realmente importa é que, dentro dos limites de seu poder de inovação, o juiz tem

⁹¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 5-6.

⁹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 5-6.

⁹³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 6-7.

⁹⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. p. 7-8.

⁹⁵ LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. p. 10.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)? p. 283.

⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Apresentação. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

o dever de manter uma relação entre o Direito e a moral, entre preceitos da filosofia do Direito e os preceitos da razão e da boa consciência.”⁹⁸

Em boa medida, parece com razão Canotilho⁹⁹ quando afirma que de uma forma histórica, a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares, quais sejam, o poder, o dinheiro e o entendimento, e que no modelo liberal e no modelo republicano de constitucionalismo a articulação destes pilares pressupunha — e pressupõe ainda hoje — uma compreensão distinta do estado burocrático, da economia capitalista e da sociedade civil. A disputa pela herança do realismo jurídico entre diferentes grupos parece ser disso uma prova candente.

Talvez também seja este o motivo pelo qual Louis Menand afirmou que já se passara bastante tempo desde as primeiras reuniões dos membros do “Clube Metafísico”, em Cambridge, para discutir o lugar das ideias após a Guerra Civil Americana, e que hoje em dia aquelas pessoas e suas ideias parecem bastante familiares para nós em mais de uma maneira¹⁰⁰.

Assim, retomando o “diálogo” e reflexão entre Streck e Barroso, verificamos que o segundo autor não enfrenta a questão principal levantada pelo primeiro autor [embora um não tenha aparentemente tido contato prévio com o texto do outro, era de se esperar que um autor do porte de um Luís Roberto Barroso refutasse as críticas ao caso, e não apenas tecesselouvaminhas apologéticas], qual seja, a existência de limites semânticos e impossibilidade de estabelecimento do poder de emenda constitucional por parte do Supremo Tribunal, que eventualmente conduziria a uma atividade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma Constitucional originária, tal qual mencionada na tese de Otto Bachoff¹⁰¹.

Evidencia-se que parece acender em Barroso uma chama candente de realismo jurídico que guiaria práticas e ações conducentes a algo que se pode chamar, de maneira evidentemente crítica, de “ativismo jurídico à brasileira”, com todos os problemas práticos, epistemológicos e filosóficos que a expressão evoca.

A título de provocação acadêmica, embora não concordemos com nenhuma delas, indaga-se se poderia ser invocada argumentação em decisão judicial que determinasse a aplicação da pena de morte em tempo de paz? Ou que entendesse que a idade de

⁹⁸ CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do processo judicial. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 98.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

¹⁰⁰ MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001, p. 442.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou “Originalista”)? p. 284.

imputabilidade penal poderia ser, sem emenda constitucional [se admitida], reduzida para 16 anos?

Sempre caberão analogias: no primeiro caso a paz pode ser considerada suplantada por uma hipotética “guerra civil” com declaração unilateral do magistrado e no segundo caso a idade mínima para o exercício do direito ao voto e vetores de responsabilização social.

Os limites semânticos do texto transformam-se em poeira cósmica, e os limites da decisão judicial serão do tamanho e da dimensão da imaginação do intérprete, com sua sanidade e suas idiossincrasias. Já se disse certa feita que o Führer protegeria o direito, cunhando-se certo Führerprinzip¹⁰², e Richard Posner já insinuou vinculação da Suprema Corte com ele, de certa maneira e em algum sentido, mesmo que apenas citando a famosa provocação de John Hart Ely¹⁰³.

O “matrixprincipiologismo” de que nos fala Lenio Streck¹⁰⁴, e que tomamos emprestado para uma reflexão, comportaria ainda uma analogia comparativa em termos de aberturas de clareiras e “realidades constitucionais paralelas”. Mencione-se antigo episódio do conhecido seriado “Twilight Zone”, traduzido por aqui como “Além da Imaginação”, e que podemos rebatizar para “Twilight Constituzone”, ou “Além da Zona [de Penumbra] Constitucional”¹⁰⁵.

No episódio nº 6 (The Mirror)¹⁰⁶ da 3ª temporada de “The Twilight Zone”, de 1961, retrata-se um grupo de revolucionários em um país da América Central. Observa-se a narrativa de Ramos Clemente, o líder revolucionário, e de seus 4 tenentes, no exato momento em que capturam o tirano, quando da tomada do poder.

O líder (Ramos Clemente) é o que nós poderíamos chamar de “ministro intérprete constitucional tipo realista”, que diz, após ser tomado por uma inebriante risada quando da conquista do poder e das providências “pós-revolução”:

¹⁰² Veja-se a análise empreendida por Arnaldo Godoy sobre o “Führerprinzip” e sobre a “Gleichung”. Cfr.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas em torno do Processo Penal no Nacional-Socialismo Alemão: Gleichung e Führerprinzip. Revista do Curso de Mestrado em Direito. Presidente Prudente. s/d.

¹⁰³ POSNER, Richard. The Supreme Court 2004 Term Foreword: A Political Court. 119 Harvard Law Review 32 (2005).

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum: Juiz brasileiro é do tipo “prefiro não fazer”? Eu não acredito! Conjur de 29 de maio de 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-29/juiz-brasileiro-tipo-prefiro-nao-eu-nao-acredito>>, acesso em 29.05.2014.

¹⁰⁵ Série de ficção científica, “The Twilight Zone” (Além da Imaginação), foi uma série televisiva criada por Rod Serling, e estrelada entre os anos de 1959 à 1964. O episódio nº 6 (The Mirror) da 3ª temporada de “The Twilight Zone”, de 1961, é o que se menciona no presente texto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mFeRCK4s6fE&app=desktop>>, acesso em 07.10.14.

¹⁰⁶ Evidentemente pode-se criticar o episódio como uma “propaganda” americana contra o comunismo, em razão do conteúdo estereotipado e do período histórico vivido e retratado, em plena “guerra fria”. Mas aqui o que importa é a metáfora retratada, que se busca universalizar para retratar e criticar quaisquer tipos de decisão: “o voluntarismo, o heroísmo, o messianismo e o subjetivismo na prestação jurisdicional devem ser evitados”, uma vez que se deve buscar uma comunidade republicana na qual o juiz deve ser considerado um cidadão, e não um herói ou rei filósofo”. Cfr.; CLÈVE, Clémerson Merlin. Apresentação. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Sabem porque eu estou rindo? porque existem tantas coisas borbulhando dentro de mim que eu nem sabia que existiam. Eu não sabia que quando este momento chegasse como eu reagiria. O que eu faria? Se eu beberia, riria ou ficaria bêbado? Eu não sabia... O que faz um homem ficar bêbado, o vinho ou uma multidão gritando o nome dele?

O trecho seguinte é talvez mais significativo, nesta “atribuição forçada de significado”. O líder se levanta, olha para um quadro que contém uma imagem pintada de um homem imponente, e atira uma taça de vinho nele, ordenando que os seus “Tenentes” o tragam à sua presença, dizendo. “Vamos começar por ele”.

O homem que eles, os tenentes, conduzem à presença do líder, agora vestido em trajes rasgados, é o governante deposto. O líder diz a ele algumas palavras, e eles “travam um diálogo”:

Líder Revolucionário: Você me decepcionou. Reconhece aquele homem? Aquele. Aquele na foto. Arrogância e desprezo. O que ele sabe? Ah? Ele é um velho em um uniforme sujo.

Governante deposto: O que você quer de mim Clemente?

Líder Revolucionário: Não é o que eu quero!!! É o que eles querem. O que eu quero é o que eles querem!! [Apontando para a multidão].

Eles, no caso, são as pessoas que gritam fora do palácio o nome dos revolucionários, o povo que apoia a tomada do poder. Com efeito, poderíamos chamar o Líder Revolucionário Ramos Clemente de “Realismo Jurídico”, e o “Governante Deposto” seria a própria Constituição, domada. Uma mistura amalgamada de “voluntarismo, heroísmo, messianismo e subjetivismo na prestação jurisdicional”.

A discussão é rica, e possui miríade de possibilidades, temas com imbricações possíveis: realismo jurídico, ativismo judicial, etc. Densas pesquisas foram produzidas no Brasil sobre o tema do ativismo judicial, como a da já mencionada Clarissa Tassinari¹⁰⁷, ou a de Carlos Alexandre Campos¹⁰⁸, e mesmo a de Elival da Silva Ramos¹⁰⁹.

Para os fins deste artigo, quando se utiliza o termo “ativismo judicial” está-se reconhecendo que trata-se de algo complexo, que padece de algumas características principais, quais sejam: a) se tornou um clichê com pretensão simplificadora, banalizada e

¹⁰⁷ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 92-128.

¹⁰⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. RIDB, Ano 2, nº 6, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II)*. RIDB, Ano 2, nº 7, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. RIDB, Ano 2, nº 8, 2013.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-129.

trivializada, b) foi indevidamente importado, c) serve de critério de conveniência, d) pertence a uma outra realidade judicante (EUA, durante o “New Deal”), e) padece da ausência de consenso semântico mínimo.

Isso tudo, evidentemente, pode ter afetado a maneira como compreendemos a expressão jurisprudência, e se utilizarmos a metáfora para qualifica-la de “jurisprudência líquida”, podemos ter uma noção de quão rápida sua viscosidade pode escorrer entre os dedos do intérprete.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é possível falar em jurisprudência no Brasil, senão em um amontoado de decisões judiciais, pelos que acima discorremos, e a eventual teoria da decisão judicial deste “aglomerado de razões desarrazoadas” parece ser “a farsa” ou “embuste” judicante, com pretensões justeóricas que se escondem atrás da não explicitação dos reais motivos de decidir ou de não decidir um caso.

A farsa da decisão judicial, é na realidade uma “farsa da boa preguiça”, quando não um malicioso “cavalo de tróia” no qual se homiziam solertes e nem sempre divertidas cortinas de fumaça, e uma crítica é mais do que necessária. A doutrina, por sua vez, com raras e honrosas exceções, como bem pontuou Luiz Edson Fachin, deixa de realizar comentários críticos e sistemáticos acerca das decisões. As decisões, em larga maioria (de uma maneira geral), por sua vez, não passam de um amontoado de opiniões pessoais, disfarçadas sob um pretenso manto de legalidade formalista, mas nem sempre.

A história demonstra que o ensino, a pesquisa e as publicações em direito, com base em uma singela pesquisa que realizamos na Revista da Faculdade de Direito da USP, pouco ou quase nada se importam com o tema “jurisprudência”, e a profusão de equívocos a respeito do tema, aliado a pouca importância que se atribui a necessidade de previsibilidade e segurança às decisões judiciais, acaba sendo um fator fundamental para um tal estado da arte, tenebroso e insatisfatório.

Façamos nós, agora, o que os profetas e profetisas do passado não conseguiram ou não tiveram coragem e nem fibra para perseguir, em termos de crítica e comentários sistemáticos às decisões judiciais, exigindo que os prolores das decisões explicitem não apenas os reais motivos pelos quais decidem um caso ou deixam de o decidir nos termos e fundamentos que as partes invocam, mas também exigindo apego a segurança e previsibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, João. Simplificação processual. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 20 (1912).

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 20 (1912).

BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. Capital University Law Review, v. 36, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Uniões Homoafetivas: Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis entre Parceiros do Mesmo Sexo. Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014.

BRUTAU, José Puig. La jurisprudencia como fuente del derecho. Barcelona: Bosch, s/d.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I). RIDB, Ano 2, nº 6, 2013;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II). RIDB, Ano 2, nº 7, 2013;

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. RIDB, Ano 2, nº 8, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do processo judicial. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

**JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE
JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. Os narcotizadores. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 12 (1904).

CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. Afogamento. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. A morte subita. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 10 (1902).

CARVALHO, Antonio Amancio Pereira de. O cadáver. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Apresentação. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo:Saraiva, 2014.

CORRÊA DA SILVA, Raphael. Da menagem e da lesa-majestade. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 10 (1902).

FACHIN, Luiz Edson. Um País Sem Jurisprudência. Texto base do SJA do Prof. Pablo Malheiros, UniCEUB, enviado pelo autor em 23 de junho de 2014. Mimeo.

FRANK, Jerome Frank. Derecho e Incertidumbre. México: Fontamara, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas em torno do Processo Penal no Nacional-Socialismo Alemão: Gleichstung e Führerpinzip. Revista do Curso de Mestrado em Direito. Presidente Prudente. s/d.

GOLDBERG, Jonah. The Tyranny of Clichés: How Liberals Cheat in the War of Ideas. New York: Sentinel, 2012.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em Busca de um conceito fugidio – O Ativismo Judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial, Salvador: Juspodivm, 2011.

**JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE
JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

GOODHART, A. L. Determining the ratio Decidendi of a case, 40 Yale Law Journal, 1930.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Que é o socialismo? Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 3 (1895).

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Philosophia do Direito. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 4 (1896).

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 8 (1900).

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito segundo a philosophia theologica. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 13 (1905).

LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos: Uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Da jurisprudência como direito positivo. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 66 (1971).

MARMELSTEIN, George. A Hipocrisia Jurídica ou de Como a Argumentação Jurídica é o Antro da Dissimulação. Direitos Fundamentais, 11 de março de 2014. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2014/03/11/a-hipocrisia-juridica-ou-de-como-a-argumentacao-juridica-e-o-antro-da-dissimulacao/>>, acesso em 03.10.2014.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 101 (2006).

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

MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 56, n. 2 (1961).

NORBERG, Jakob. The Political Theory of the Cliché: Hannah Arendt Reading Adolf Eichmann. Cultural Critique, n. 76, 2010.

**JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE
JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

POSNER, Richard. The Supreme Court 2004 Term Foreword: A Political Court. 119 Harvard Law Review 32 (2005).

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 101 (2006).

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, Willam H. Government by Cliché: Keynote Address of the Earl F. Nelson Lectures Series. 45 Missouri Law Review, vol. 45, nº 3, 1980.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

SCHLESINGER JR. Arthur M. The Supreme Court: 1947, Fortune, vol. XXXV, Jan. 1947.

SCHLESINGER JR. Arthur M. A Life in the 20th Century: Innocent Beginnings, 1917-1950, New York: Houghton Mifflin, 2000.

SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the twentieth Century. The King's College Law Journal, 16 KCLJ, 311-328, (2005).

SILVA SOARES, Guido Fernando. Abstração e sistematização na Iurisprudencia Romana. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97 (2002).

STRECK, Lenio Luiz. O Caso da ADPF 132: Defender o Texto da Constituição é uma Atitude Positivista (ou "Originalista")? Revista Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 01, n. 01, jan.-jun. de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A Interpretação da Constituição no Brasil: Breve Balanço Crítico. Revista Paradigma, a. XVII, n. 21, p. 2-35, jan./dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum: Juiz brasileiro é do tipo "prefiro não fazer"? Eu não acredito! Conjur de 29 de maio de 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-29/juiz-brasileiro-tipo-prefiro-nao-eu-nao-acredito>>, acesso em 29.05.2014.

**JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA¹: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A FRAGILIDADE
JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

STRECK, Lenio Luiz. [Entrevista]. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, out.-dez./ v. 81, n. 4, ano XXIX, 2011, p. 17. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>, acesso em 1.10.2014.

TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

VILLABOIM, Manoel Pedro. O imposto sobre dividendos no Supremo Tribunal Federal e no Congresso. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 11 (1903).

VOGEL, Klaus. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho fiscal de la República Federal de Alemania. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 63 (1968).