

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JURISDIÇÃO, RACIONALIDADE E A
CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: RISCOS E POSSIBILIDADES NO
USO DA REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS

PAULO HENRIQUE BLAIR DE OLIVEIRA

Brasília
2011

PAULO HENRIQUE BLAIR DE OLIVEIRA

JURISDIÇÃO, RACIONALIDADE E A
CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: RISCOS E POSSIBILIDADES NO
USO DA REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília para a obtenção do título de doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia: Teoria, História, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Brasília
2011

O candidato foi considerado pela banca examinadora.

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão
Membro

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri
Membro Externo

Professor Doutor Carlos Oiti Berbert Junior
Membro Externo

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvido
Membro Suplente

Brasília, de de 2011

**Para Elienay (*in memoriam*),
por lembrar que é imprescindível sorrir.**

Agradecimentos

O texto a seguir reflete uma trajetória de quatro anos que, felizmente, não foi percorrida em solidão. Houve nesse percurso um papel institucional de grande importância desenvolvido pela Universidade de Brasília, minha *alma mater* desde os bancos da graduação em direito. Mas é certo que uma instituição tem uma medida de valor imensuravelmente maior nas pessoas com as quais convivemos por meio dela. Essas páginas portanto abraçam o desafio de expressar uma gratidão que, a rigor, não pode ser medida.

Sou devedor a todos os que integram ou já integraram o grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito, em especial as atividades desenvolvidas nos subgrupos Observatório da Constituição e da Democracia; Direito, Sociedade e Complexidade e O Direito Achado na Rua. Colhi no confronto de ideias em meio a esses grupos boa parte do que foi posto aqui, mas principalmente colhi em meio a eles a postura crítica indispensável que se há de ter em nossa relação para com o direito. Meu débito se acentua quanto aos colegas Guilherme Scotti, Janaína Penalva, José Romão, Mamed Maia, Mariana (Mari) Cirne, Paulo Rená e Raphael Peixoto. E é ainda maior para com os colegas Leonardo Barbosa, Noemia Porto e Ricardo Machado. Amigas, amigos, muito obrigado por terem partilhado comigo não apenas suas reflexões, mas também suas trajetórias.

Sou igualmente grato ao professores Alexandre Bernardino Costa, Argemiro Martins, Cristiano Paixão, José Geraldo de Sousa Junior, Miroslav Milovic, Valcir Gassin e Vera Karam por suas várias formas de participação nessa pesquisa. Achei em todos inquietações que, associadas à seriedade acadêmica que lhes é própria, desvelaram-me perspectivas que antes desconhecia.

Em campos outros para além da universidade, tenho como certo que esse caminho não teria sido trilhado sem o apoio de Lylio, Keyla, Adonias, Nair, Giovana, Marília, Leonardo (Leozinho), Stella, Geraldo (Géu) e Francisco (Chicão) Carvalho. Os atos de solidariedade de vocês compõem uma parte preciosa de minhas memórias.

O agradecimento que reservo para a parte final é destinado ao professor Menelick de Carvalho Netto. É redundante afirmar a sua importância em minha formação, e o privilégio de ter como orientador uma das mentes mais agudas na análise crítica de como empregamos nossa constituição, de como vemos a nós mesmos nos compromissos políticos mútuos. Mas incorro com prazer nessa redundância, porquanto seu magistério persiste na afirmação de que a única leitura correta do texto constitucional é a da co-dependência entre direito e democracia.

No mundo abarrotado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos.

(Borges)

Mas o que vê quem vê o seu tempo, o sorriso demente do seu século?

(Agamben)

Índice

Agradecimientos	5
---------------------------------	-------------------

Resumo

Como uma das respostas ao imenso número de recursos extraordinários em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, instituiu como requisito de admissibilidade de tais recursos a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. A medida foi concebida como um parâmetro de seleção que permitisse àquela corte tratar apenas de questões cuja importância requeresse a sua intervenção. Esperou-se que tal procedimento viesse a gerar maiores racionalidade, segurança e celeridade aos julgamentos da corte, aprofundando o perfil do Supremo Tribunal Federal como uma corte estritamente constitucional.

A presente pesquisa tem como propósito verificar se tais expectativas se sustentam ante as normas de procedimento aplicadas a esse instituto e os argumentos que a corte emprega no seu uso, quando confrontada com casos que tratam de forma mais direta do sentido dos chamados direitos sociais fundamentais. Serão examinados os riscos que a repercussão geral dos recursos extraordinários pode trazer quando compreendido mediante uma racionalidade pouco reflexiva ou pouco complexa. Trazendo ao tema reflexões sobre a experiência da Suprema Corte dos EUA, será examinada a possibilidade de que exista um papel para essa exigência recursal compatível com uma democracia constitucional, se for abandonada a ideia de se fixar o conteúdo de direitos fundamentais, e se ele for utilizado como ferramenta de constante reconstrução dos sentidos desses direitos, mantendo-se-lhes abertos para o futuro, aprofundando a responsabilidade e a crítica públicas à corte pela pauta que esta elege e pela narrativa que constrói, ao longo do tempo, quanto ao conteúdo de nossas liberdades fundamentais.

Abstract

As a response to the immense number of appeals pending in the Brazilian Supreme Court, The 45th Constitutional Amendment declared in December 30th, 2004, that those appeals would be admissible solely if the claimants demonstrated the general repercussion of the issues discussed in the constitutional case. The measure was conceived as a selection parameter that allows to that court dealing only with issues whose importance required its intervention.

It was hoped that this procedure would generate greater rationality, safety and speed the judgments of the court, deepening the role of the Brazilian Supreme Court as a strictly constitutional court.

This research is intended to verify if such expectations will stand in the face of the procedural rules applied to the matter, as also in face of the arguments that the court employs in using this parameter, particularly in judging cases that deal more directly with the so-called social rights. It will be examined the risks that this innovation can bring if the rationality employed in its use lacks the necessary reflexivity or complexity. Incorporating to the discussion some reflections on the experience of the U.S. Supreme Court, it will be examined the possibility that there is a role for such an instrument compatible with a constitutional democracy, as long as it abandoned the idea of a general and permanent setting of the contents of fundamental rights, and if it is used as a tool for a permanent reconstruction of the meaning of those rights, thus keeping them open for the future, furthering the accountability and public criticism of the court in choosing its dock, as well as in the narrative of the content of our civil liberties that emanates from court throughout time.

Introdução

A Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 102, da Constituição Federal, o atual parágrafo terceiro, instituindo como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários a demonstração da "...repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso" (BRASIL, 2006). Tal medida foi recebida expressamente como meio de contenção seletiva dos recursos extraordinários, de modo a viabilizar uma redução no volume de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, e assim permitir que aquela corte se debruçasse, na via difusa de controle de constitucionalidade, apenas sobre questões de maior relevância e repercussão. Manifestações de juristas carregam, não sem polêmica, a expectativa de que esta medida contribua para uma maior celeridade nos feitos e para um aprofundamento do papel de análise de matérias estritamente constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo a ex-presidente da corte, ministra Ellen Gracie, ratificava essa análise (EDERLYI, 2006).

As expectativas que pesam sobre os resultados concretos do que se obtenha mediante a aplicação do artigo 102, § 3º, da Constituição Federal demonstram a relevância do tema. Espera-se nada menos que este critério de seletividade resolva em definitivo a chamada "crise do recurso extraordinário", acrescentando racionalidade, segurança e celeridade à jurisdição de uma forma geral, aprofundando o "perfil estritamente constitucional" do Supremo Tribunal Federal. Contudo, já as primeiras normas processuais e regimentais internas do Supremo Tribunal Federal editadas sobre o tema trazem dúvidas quanto aos caminhos trilhados na compreensão deste instituto.

Deve-se indagar se essa regulamentação não revelaria pretensões de controle da atribuição de sentidos às normas jurídicas fundadas em uma racionalidade que, por desconhecer seus próprios limites, torna-se irracional.

A redação dada ao art. 543 –A, do Código de Processo Civil, pela Lei 11.418/06 (que objetivou adequar aquela lei processual às disposições constitucionais atinentes à repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários), embora confessando a complexidade que o termo “repercussão geral” carrega¹, assevera que tal repercussão faz-se presente sempre que houver sido contrariada uma súmula do Supremo Tribunal Federal. Ela ainda determina que, se negada a existência dessa repercussão, serão indeferidos liminarmente todos os “casos idênticos” em curso naquela corte, o mesmo ocorrendo com os processos que contarem com recursos extraordinários já interpostos nos tribunais de origem e cuja admissibilidade esteja ainda pendente. Aliás, quanto a tais tribunais, a norma permite-lhes encaminhar ao Supremo Tribunal Federal recursos que sejam “representativos” de uma controvérsia que se entenda repetitiva, sobrestando o andamento de todos os demais “recursos idênticos” até o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, as normas regimentais internas do Supremo Tribunal Federal, após adaptadas a tal lei, aparentemente adensam as razões para inquietação. Problematizando-se o tema sob a perspectiva de debates presentes na teoria constitucional contemporânea, estranha-se, por exemplo, que estas normas regimentais contenham previsão de que os ministros da corte apresentem, em meio eletrônico interno, as razões da existência ou inexistência de repercussão geral nos recursos extraordinários que lhes forem

¹ A norma legal afirma que esta repercussão está presente quando a questão constitucional versada em uma causa ultrapassar os interesses subjetivos presentes nela, sob o ponto de vista de sua relevância econômica, política, social ou jurídica (BRASIL, 2007, p. 1).

distribuídos (salvo, evidentemente, os que já possuam outra causa de trancamento) para que, no prazo de 20 dias, o silêncio da maioria dos ministros seja tomado como afirmativa da ocorrência desta repercussão². Aqui, a opção da corte brasileira foi atribuir a seu silêncio eloquente um sentido diametralmente oposto àquele que é dado pela Suprema Corte dos EUA no exercício do mecanismo de seletividade de casos de maior experiência histórica contínua no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, que é o *writ of certiorari*. Em tal sistema, a simples devolução do feito à instância anterior representará a afirmação da corte de que a decisão tomada não merece reforma, e que, portanto, os fundamentos que prevalecem até então são ratificados, não havendo necessidade de intervenção da corte mais alta (GREENBERG, 1997, p. 68-69).

O desenho do instrumento da repercussão geral, tal como feito em lei federal e em regimento interno do Supremo Tribunal Federal, assenta-se portanto em duas premissas parciais: a de que uma multiplicidade de casos possa ser havida como efetivamente idêntica e a de que decisões tomadas pelo STF, quando reduzidas a texto, sejam todas elas compreendidas em um sentido unívoco, para que sejam aplicadas de modo idêntico e uniforme a esses casos. Estes fundamentos parciais, por sua vez, remetem a uma premissa maior: a de que a interpretação e a linguagem possam ser controladas. Parecem representar uma racionalidade que se posta como total e suficiente em si e que tem como automático o papel da corte para a construção dos sentidos das garantias fundamentais que podem ser invocados no curso dos debates na sociedade. Não causa espanto que essa forma de pensar vincule tão fortemente a produção jurisdicional à vazão numérica dos casos³ que lhe são postos, problematizando bem pouco a legitimidade das decisões

² Artigos 323 e 324, do RI STF (BRASIL, 2011a, p. 154-155).

³ Um interessante exemplo dessa forma de racionalidade é a publicação anual editada pelo Conselho Nacional de Justiça sob o título *Justiça em Números*. Estando já na sua quinta edição (sendo a primeira datada de 2003), tal publicação, somente no ano de 2007, passou a divulgar um volume específico, que articulava sentidos propostos aos

proferidas. De modo implícito ou não, ela qualifica de segurança jurídica uma previsibilidade de decisões pouco compatível com o papel do direito em uma sociedade complexa e hermeneuticamente aberta.

Indaga-se na presente pesquisa qual papel a repercussão geral dos recursos extraordinários poderia cumprir, no contexto da jurisdição brasileira, sob o pálio do Estado Democrático de Direito e das exigências constitucionais que o marcam. Formulando o problema que a motiva sob a forma de questão: que leitura deve ser dada, face os princípios constitucionais vinculativos de nossa comunidade política, ao requisito de repercussão geral como condição de admissibilidade dos recursos extraordinários, dados os riscos e potencialidades na aplicação do artigo 102, § 3º, da Constituição Federal?

Considerada a longa experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no uso público de uma seletividade bastante ampla nos casos que aquela corte examina, levanta-se aqui a hipótese de que tamanha seletividade, assumida de modo aberto, gere, paradoxalmente, maior legitimidade discursiva do que aquela feita através do desenho e da práxis dados à repercussão geral dos recursos extraordinários. Isso

números estatísticos colhidos (BRASIL, 2009a), o que talvez indicasse que, até então, os números pudessem “falar por si”. Porém, mesmo a edição de 2007 já confessava qual o propósito central para uma minuciosa análise numérica da atuação judiciária no Brasil: “Os indicadores do Justiça em Números têm por objetivo a obtenção de informações de gestão dos órgãos da Justiça bem como de subsídios para promover a rapidez dos processos, conhecer o perfil da litigiosidade visando à solução dos conflitos judiciais em prazos mais curtos de tempo.” (BRASIL, 2009a, p. 5, grifei). Mesmo na disposição de ir para “... além da contagem numérica de processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes providos e números de cargos vagos ou ainda número de habitantes atendidos por juiz”, tal análise ainda insiste na premissa de que “...Os indicadores permitem que seja traçado um perfil da Justiça como um todo e, por sua ampla abrangência de informações, permite a construção de métricas que avaliam os tribunais não somente no quesito litigiosidade, mas também nas matérias financeira e de acesso à justiça, além de relacionar esses dados com o perfil de cada região jurisdicional, com base nas informações sobre sua população e economia. A construção desses indicadores representa uma tentativa de criar uma cultura judicial de planejamento e gestão estratégica em um contexto político-econômico de recursos escassos”. (BRASIL, 2009a, p. 6, grifei). Não se trata, é claro, de desprezar ou reduzir a importância estratégica de dados estatísticos na análise de qualquer atuação do poder público perante a sociedade. Mas cabe indagar qual a compatibilidade democrática de um olhar institucional que tem os dados numéricos por centro, e que também não se pergunta sobre a legitimidade discursiva das decisões que são numericamente computadas.

porque o Supremo Tribunal Federal partiria, quanto a essa repercussão, de pressupostos incorretos, mais precisamente, a possibilidade de que sentidos possam ser tanto apreendidos quanto contidos semanticamente e que a legitimação da jurisdição constitucional está essencialmente afeta a um critério de funcionalidade quantitativa da pauta da corte.

A investigação a ser feita aqui se desdobra nos seguintes subtemas:

a) Indagar se as pretensões postas pelo discurso oficial sobre o instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários é ou não excessiva ante os limites da razão percebida reflexivamente;

b) Investigar se a seletividade no exame de casos pela corte mais alta de um sistema judiciário cumpre papel relevante na formação dos sentidos dos direitos fundamentais, em particular na perspectiva diacrônica de sentidos que possam ser invocados (ativados) nos debates públicos, e quais riscos e possibilidades emergem daí;
e

c) Investigar se a assunção clara de tal seletividade por tal corte facilita a crítica pública à pauta elaborada por ela, bem como viabiliza melhor o cumprimento das exigências de integralidade que compõem o centro das ambições de legitimidade que o direito invoca para si⁴.

Toma-se como objeto da pesquisa tanto o desenho institucional proposto e adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a operação do instituto da repercussão geral (tanto a legislação infraconstitucional já em vigor, que em sua totalidade reproduz a sugestão encaminhada pela corte ao parlamento federal, quanto as normas internas adotadas pela

⁴ Usa-se aqui a expressão cunhada por Ronald Dworkin em seu artigo sobre as pretensões de legitimidade do direito e a compreensão do papel da jurisdição perante as garantias fundamentais (DWORKIN, 1985, p. 174-175), tema que será retomado mais adiante.

própria corte para esse fim), e ainda a forma concreta com a qual tal instrumento tem sido compreendido e manejado pelo Supremo Tribunal Federal. Em virtude disso, serão buscados os indícios que o discurso da própria corte tem a oferecer sobre o tema, tanto nos relatórios e análises oficiais que têm sido produzidos por ela sobre a questão.

Ao se indagar sobre a possibilidade concreta do exercício de jurisdição legítima pela corte suprema em meio a um elevadíssimo grau de liberdade seletiva na construção de sua pauta, a análise se volta, como já dito, para a experiência específica da Suprema Corte dos Estados Unidos da América quanto ao tema. Em essência, dois aspectos da experiência da corte norte-americana interessam aqui: a) como a seletividade da corte na construção de sua pauta, amparada por uma imensa liberdade constitucional, se relaciona com a perspectiva diacrônica dos sentidos mais fundamentais de liberdade e igualdade, e b) se há uma conexão entre esse modo de compreender a seleção de casos e a legitimidade da jurisdição prestada por ela, ante a possibilidade de que essa seleção facilite o respeito à integridade narrativa do direito e exponha a corte de modo mais efetivo à crítica pública quanto à construção de sua pauta.

Portanto, os recortes eleitos para análise da experiência norte-americana serão focados na relação entre seletividade de pauta e legitimidade da jurisdição e, em segundo lugar, no papel que essa seletividade cumpriu para que as decisões classicamente reputadas como centrais na experiência norte-americana do Século XX em torno dos sentidos da igualdade e da liberdade – tais como, respectivamente, *Brown v. Board of Education of Topeka* (UNITED STATES OF AMERICA, 2006a), e *Roe et al. v. Wade, Distric Attorney of Dallas County* (UNITED STATES OF AMERICA, 2006b) - repercutissem nos mais diversos campos do debate público.

No terceiro momento, esse estudo retorna à experiência do Supremo Tribunal Federal, investigando parte da práxis e da compreensão daquela corte nas deliberações sobre a ausência ou presença de repercussão geral em recursos extraordinários e sobre tal instrumento em si. Quer-se, mediante os indícios manifestos no discurso do tribunal, visualizar o que a própria corte toma como o papel que a repercussão geral tem na legitimação da jurisdição prestada por ele, e quais possibilidades outras – e riscos correlatos – têm escapado à percepção da corte. Nessa parte da análise se buscará responder a questão central proposta no início da descrição feita acima, aprofundada, após a visita à experiência norte-americana, por uma complexidade mais adequada à especificidade do problema brasileiro.

A rigor, a existência de um controle de constitucionalidade difuso requer que toda a jurisdição brasileira seja também jurisdição constitucional, ou não será jurisdição constitucionalmente válida. Diante disso, que plausibilidade pode guardar a operação da repercussão geral dos recursos extraordinários a serem examinados pelo Supremo Tribunal Federal? Esse é o tema que motiva a presente pesquisa, e ela se faz em meio à lembrança de que, entre nós, não há distinção entre jurisdição comum e jurisdição constitucional.

Capítulo 1

Algumas das pretensões levantadas ante o instrumento da repercussão geral e os indicativos iniciais de sua regulamentação e sua aplicação: a insistência em uma racionalidade abstrata e a perda da especificidade dos casos examinados.

Uma recomendação que se afigura adequada diante do problema posto neste item é, desde o primeiro momento, evitar-se o caminho de um debate sobre métodos processuais e seu confronto com conceitos extraídos da teoria. A construção de tais conceitos teóricos, feita dessa forma – do abstrato ao concreto – tende, com facilidade, a limitar-se à esterilidade do que Foucault chama de “universais sociológicos” (FOUCAULT, 2008, p. 4). Esses muito mais cegam do que esclarecem, porquanto, sob o pretexto da crítica à racionalidade, empregam eles mesmos uma confiança cega na teoria que articulam. O conselho que se toma aqui, também vindo do mesmo pensador francês, é “...partir dessa prática tal como ela se apresenta, mas ao mesmo tempo tal como ela é refletida e racionalizada, para ver, a partir daí, como pode efetivamente se constituir um certo número de coisas, sobre o estatuto das quais será necessário se interrogar...”(FOUCAULT, 2008, p. 5).

A lei federal que, no âmbito do processo civil, regulamentou o instituto da repercussão geral já representou um dos mais fortes indícios de que tanto a corte (responsável pelo anteprojeto que deu origem a tal lei) quanto o legislador claramente tomavam a existência (e inexistência) de tal repercussão como um dado cartesianamente identificável e, em sendo apreendido, passível de aplicação direta e (em tese) perfeita

aos casos que fossem reputados como idênticos. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes trechos da mencionada norma processual:

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal:

...

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

...

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (BRASIL, 2007).

Os pressupostos articulados em tal norma processual são de que decisões judiciais possam abrigar clareza e precisões quase espantosas – a ponto de permitir que, negada a repercussão geral em um determinado caso, sejam facilmente identificáveis os casos idênticos (aos quais a aplicação de um raciocínio também idêntico se fará de pronto, isto é, liminarmente), ou mesmo que seja possível a seleção de casos tão representativos de uma controvérsia que, decididos eles, os demais idênticos também recebam igual decisão. São pressupostos que foram chamados de cartesianos no sentido mais estrito do adjetivo, na medida em que ecoam “...a regra geral de que as coisas que concebemos de maneira muito clara e distinta são todas verdadeiras; há apenas alguma dificuldade em observar bem quais são aquelas que concebemos distintamente”, de sorte que, se há alguma imperfeição no conhecimento, ela não é atribuível ao objeto cognoscível (sempre pronto a ser perfeitamente apreendido), mas sim à imperfeição metodológica do sujeito cognoscente (DESCARTES, 2008, p. 71). Também uma das normas regimentais internas do STF, especificamente editada para o tratamento da repercussão geral de recursos extraordinários, apresenta-se como consequência dessa pretensão de clareza racional: a determinação de que seja formado – como de resto o foi⁵ – um banco de dados que contivesse resumos das decisões tomadas sobre repercussão geral de temas, de modo a, por suposto, resultar em um rol de temas sobre os quais tanto a corte como os demais julgadores não mais teriam que se debruçar, senão para um mero

⁵ Até 18 de maio de 2009, tal banco de dados contava com 132 temas nos quais foi admitida a repercussão geral e 42 temas nos quais tal repercussão havia sido negada. Embora cada tema seja ilustrado com a indicação de um *leading case*, o resumo apresentado na compilação de cada um deles traz apenas expressões bastante gerais, tal como, exemplificativamente, se vê do resultado do julgamento do RE 565.506: “DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. Controle de Constitucionalidade. Processo Legislativo. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. Sistema Nacional de Trânsito. Não há repercussão geral”. (BRASIL, 2009b). Ao final do ano judiciário de 2010, o relatório apresentado pelo ministro Cesar Peluso, na condição de presidente do Supremo Tribunal Federal, indicava que 338 temas foram examinados quanto a sua repercussão geral (BRASIL, 2010b, p. 5). Consulta ao sítio oficial dessa corte, feita também após o término do ano judiciário de 2010, indicava que uma expressiva maioria desses temas teve a sua repercussão geral reconhecida, a saber, 240 deles (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010c).

ato de subsunção. Trata-se do art. 329, do Regimento Interno do STF, segundo redação dada pela Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007 (BRASIL, 2011a, p. 157).

Por qual motivo se faz necessário indagar os pressupostos que marcam a institucionalização e a regulação da repercussão geral dos recursos extraordinários? Bem, porque, como relembra Carvalho Netto, uma leitura contemporânea da história constitucional revela, quando menos, que a tensa e complexa relação entre constitucionalismo (sob a forma de direitos que limitam o exercício do poder) e soberania demonstrou, após longo e duro aprendizado, que tais polos não são antitéticos, mas sim opostos que se pressupõem e se complementam mutuamente:

Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia.

Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático. A elaboração ou a apropriação técnico-burocrática do texto constitucional para moldar passivamente o povo como seu objeto, como objeto do Estado, como massa, é autoritarismo e, assim, a negação do próprio constitucionalismo. (CARVALHO NETTO, 2008, p. 15).

Dessa forma, perquirir quais as premissas que se revelam na regulação dada ao instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários é questionar sua adequação ao que hoje se compreende como papel e como limite da racionalidade e, subsequentemente, examinar se esse tratamento guarda pertinência com o que dele se requer no Estado Democrático de Direito⁶.

⁶ Também na síntese apresentada por Carvalho Netto, “...no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade,

O que se percebe da regulamentação referida e já transcrita é uma tentativa de “objetivar-se” a jurisdição. Esse esforço de modo algum é casual. Sob um aspecto mais amplo, ela se insere na estratégia de intuir e manipular administrativamente o ser, convertendo-se a subjetividade – e os conflitos que decorrem do enfrentamento de autonomias individuais distintas – “...num processo reiterável e substituível, mero exemplo para os modelos conceituais do sistema”, precisamente porque tal racionalidade invoca o conceito de clareza para obscurecer o fato de que o exercício da razão se faz por sujeitos que se acham em oposição (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 83). Impressiona bastante, em nível de senso comum, a promessa normativa de que tal repercussão geral pode sim operar sob as mesmas condições que Hilton Japiassu atribui ao pensamento cartesiano. Tal análise promoveria uma certeza estável aos conceitos do que é válido ou inválido argumentativamente, por ser fundada em uma unidade de princípios capaz de uma descrição total do que for campo de observação humana, permitindo em última análise o domínio sobre o objeto observado. Dessa forma, ela se pretende carregadora de um bem-estar que a valida moralmente (JAPIASSU, 2007, p. 111). Mais especificamente quanto ao tema de pesquisa do presente texto, esta promessa é tributária de uma conhecida articulação metodológica e estética que resulta em um desenho mecanicista. Nele, a noção fundamental de um pensamento apoia-se na sucessão de modelos construídos que, por isso mesmo, podem operar repetitivamente em um “moto contínuo”:

No século XVII, a exigência mecanicista surge e se impõe como uma inteligibilidade de ruptura. Há uma verdadeira mutação epistemológica constituída

entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentido de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 240).

também por uma real mudança antropológica. O esquema do Cosmos, em função do qual se congregava e se articulava o conjunto do saber, cede seu lugar a um esquema totalmente novo e diferente, ao esquema da *Máquina*, cuja analogia passa a impor-se a todos os espíritos esclarecidos de todos os domínios. O novo *modelo epistemológico*, chave da inteligibilidade do Mundo nessa época da cultura, é construído por um pensamento do pensamento (por uma evidência da evidência) jamais dado, mas que o conhecimento visa construir através da diversidade de seus objetos. Uma vez dado o modelo, a explicação consiste em descobrir no céu ou em tal setor do conhecimento uma espécie de imitação ou aplicação do protótipo previamente admitido. Só pode ser comprovado *a posteriori*, em virtude de uma petição de princípio. (JAPIASSU, 2007, p. 129).

Tal forma de pensar, assumida pela própria corte como um imperativo funcional, revela-se na forma como os resultados da adoção da repercussão geral têm sido analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Essa análise busca, quantitativamente, acompanhar o número de processos que tramitam na corte, dividindo-os entre os propostos antes e depois da vigência das normas legais e regimentais regulamentadoras da repercussão geral, para chegar à conclusão de que, à medida em que recursos para o controle de constitucionalidade da via difusa (recursos extraordinários e os agravos de instrumento relativos a eles) são propostos já sob o pálio deste requisito de admissibilidade, cai o número global de recursos encaminhados à corte. É nesse sentido que a página oficial do Supremo Tribunal Federal abriga, dentre os vários itens relativos à repercussão geral, o relatório denominado *Distribuição de RE e AI, período Julho/2007 a Maio/2009* (BRASIL, 2009c), cujos gráficos se destinam à demonstração de tal ideia. Esses são indicativos de que, no que tange a sua posição perante a esfera pública, a corte se volta para a noção de que o êxito da repercussão geral, assim como

adotada por ela, é demonstrado pela redução do número de processos que lhe são enviados – opinião que tem merecido chancela de parte da imprensa especializada:

Números em poder do Supremo Tribunal Federal confirmam o acerto na adoção de medidas como a Repercussão Geral e a Súmula Vinculante para acelerar a tramitação dos processos no Judiciário. Depois de registrar uma queda de 42% no volume de distribuídos aos 11 ministros da corte de 2007 para 2008, o tribunal registrou agora uma nova redução de 45% comparando o período de janeiro a maio de 2008 e 2009. Um dado ainda mais digno de festa foi a queda de 25% no número de recursos protocolados na corte registrada no mesmo período de 2008 e 2009.

Para os analistas, a queda no número de recursos distribuídos é consequência direta da Repercussão Geral, enquanto a redução no volume de recursos protocolados reflete também os primeiros efeitos da aplicação das Súmulas Vinculantes pelos juízes de primeira instância e pelos tribunais.

...

Um exemplo da eficácia da Repercussão Geral pode ser dada por um caso recente referente ao pagamento de gratificação para servidores, quando foram sobrestados 10 mil recursos num único Tribunal Regional Federal. “Além de reduzir o número de recursos que chegam ao Supremo, a Repercussão Geral garante também uma solução isonômica para ações semelhantes”, diz Luciano Fuck, assessor da Presidência do STF.

Casos como a cobrança da assinatura básica de telefone, que suscitou dezenas de milhares de ações em todo o país, estão à espera do julgamento do STF, que já declarou a Repercussão Geral do tema. Com isso, essas ações nunca subirão até o Supremo e quando este julgar a causa, a decisão poderá ser aplicada a todos os casos. (CARDOSO, 2009).

As premissas centrais dos raciocínios descritos na reportagem são uma certeza sobre o papel dos números e uma certeza sobre a linguagem e a interpretação que permitam que sua reprodução libere o aplicador do direito de um juízo minucioso de

adequação quando da aplicação da norma, viabilizando-se a solução prévia e simultânea de literalmente milhares de casos judiciais sob o fundamento de que tais casos são idênticos.

Essas premissas, contudo, são extremamente frágeis. A noção de um controle numérico como resposta central para concessão de racionalidade ao funcionamento da corte constitucional na sociedade brasileira contemporânea, embora tenha eco na opinião de membros destacados da própria corte⁷, pode ser criticada por não observar que números são, como todos os signos linguísticos, carreadores antropológicos que apenas medeiam a cognição com o mundo externo, porém não “efetuam” tal cognição. Ela é realizada, mesmo no mais simples nível aritmético, em bases sempre comparativas e culturais (CRUMP, 1994, p. 73). Dados numéricos nos falam, portanto, apenas o que neles buscamos hermeneuticamente. Por tal motivo, não trazem por si respostas à racionalidade que se busca em um aparato judiciário na sociedade contemporânea, senão após formulada a indagação quanto à qual racionalidade é adequada aos problemas experimentados por essa sociedade. Ignorar tal questão é, quando menos, cometer uma ingenuidade epistemológica precisamente sobrecarregando a ciência do direito com um papel que ela (ou nenhum outro campo de conhecimento) possa cumprir. Mais que isso, as referidas premissas tendem a reduzir a função da prestação jurisdicional a um critério

⁷ Em matéria com o título “Judiciário racional: Repercussão Geral e Súmula construíram nova Justiça”, publicada no sítio de notícias especializado “Consultor Jurídico”, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, em palestra a desembargadores federais, estaduais e do trabalho, apontou que os instrumentos da súmula vinculante e da repercussão geral surgem no contexto agudo de milhões de possíveis ações especificamente quanto a um ponto de cálculo da correção de depósitos de FGTS e, logo em seguida, faz a seguinte avaliação: “O ministro defende que os dois institutos contribuíram para reduzir o quadro de litigiosidade no Supremo. Para comprar sua afirmação, Gilmar Mendes afirmou que entre 2007 e 2008 o número de processos distribuídos aos ministros do STF apresentou uma redução de 42%. Se em 2007, os ministros receberam 55.925, no ano seguinte esse número desabou para 34.471. Ainda de acordo com o ministro, o quadro de redução se repetiu no número de processos em tramitação. Em 2007 eram 154 mil recursos e no ano passado foram 105 mil. ‘São dois institutos consorciados aplicados ao nosso modelo de controle de constitucionalidade que tem mostrado bons resultados’, concluiu o ministro.” (PORFÍRIO, 2009). É bastante significativo notar, na estrutura de linguagem dada à reportagem, a forma como as expressões “judiciário racional” e os resultados numéricos são associados.

quantitativo, que de forma errônea associa legitimidade e eficácia à pretensa solução numérica de um imenso número de casos (cujas especificidades tendem a ficar obscurecidas) por uma só decisão. Não se ignora aqui que uma redução do número de feitos apreciados efetivamente pela corte mais alta seja necessária à construção dessa legitimidade. Ao contrário, a necessidade de tal redução está no centro da presente pesquisa. Contudo, essa redução é abordada aqui sob a ótica da assunção de uma seletividade que não somente permita constatar de modo mais claro como a pauta da corte é construída por ela, mas que também não abrigue a pretensão de, por intermédio de um enunciado geral (dotados de tessitura aberta comum aos atos de fala⁸), solver casos cuja especificidade lhe são, a rigor, ainda desconhecidas.

Em uma fase da modernidade em que mesmo as ciências da natureza reconhecem-se diante de um conjunto de relações não apenas complexas, mas igualmente não equilibradas em si, repletas de paradoxos e contradições entre as observações colhidas a partir da variabilidade dos pontos de investigação assumidos pelo que se dedica a sua análise, a certeza única que se pode colher é, na expressão já clássica de Ilya Prigogine, o fim das certezas. Ou, pelo menos, o fim daquelas que se tomem como certezas determináveis em absoluto e que, por sua vez, possam também absolutamente apontar suas consequências. Tal reflexão impulsiona um debate que extravasa os limites das ciências da natureza e, por fim, quer debater uma revisão do conceito do que seja racional:

⁸ Até mesmo os atos de fala locucionários e ilocucionários, supostamente distintos respectivamente por seus efeitos “declaratórios” e “ordinatórios” são frequentemente indistintos, como demonstram os argumentos de John Searle em seu debate sobre essas categorias linguísticas desenvolvidas por John Austin (SEARLE, 1968, p. 408-409).

A questão do tempo e do determinismo não se limita às ciências, mas está no centro do pensamento ocidental desde a origem do que chamamos de racionalidade e que situamos na época pré-socrática. Como conceber a criatividade humana ou como pensar a ética num mundo indeterminado? Esta questão traduz uma tensão profunda no interior de nossa tradição, que se pretende, ao mesmo tempo, promotora de um saber objetivo e afirmação do ideal humanista de responsabilidade e liberdade. A democracia e as ciências modernas são ambas herdeiras da mesma história, mas essa história levaria a uma contradição se as ciências fizessem triunfar uma concepção determinista da natureza, ao passo que a democracia encarna o ideal de uma sociedade livre. [...] Pensamos situar-nos hoje num ponto crucial dessa aventura, no ponto de partida de uma nova racionalidade que não mais identifica ciência e certeza, probabilidade e ignorância. (PRIGOGINE, 1996, p. 14)

Não obstante, é importante notar que há um papel de sistemas abstratos na modernidade, ao construir uma percepção de confiança, ainda que relativa, para a vida cotidiana. Isso se dá pela recombinação no tempo e no espaço das atividades cuja contingência no tempo social a reflexividade da modernidade permite entrever (GIDDENS, 2002, p. 126), porém reconhecendo que, se as duas bases do conhecimento moderno não podem ser tomadas como fixas (tempo e espaço), o objeto desse conhecimento somente pode ser descrito de modo probabilístico (ARAÚJO PINTO, 2002, p. 101). A precariedade de tal segurança significa, de outra parte, que nenhum sistema pode mais se reger por um conhecimento absoluto – o que não somente desafia a noção de uma autoridade final em qualquer sistema de conhecimento (ou mesmo na aplicação de tal conhecimento), mas também abre tal conhecimento de um modo imprevisível. Novamente na expressão de Giddens (2002, p. 133), “...Num sistema sem autoridades definitivas, mesmo as crenças acalentadas subjacentes aos sistemas especializados estão abertas à revisão, e muito comumente são alteradas de maneira

regular. O empoderamento está disponível rotineiramente para o leigo como parte da reflexividade da modernidade”.

Sob esse enfoque, apresenta-se como improvável – para se dizer o mínimo – que seja atingida uma das finalidades que o próprio Supremo Tribunal Federal atribui à repercussão geral dos recursos extraordinários. Em seu relatório sobre o tema de 2009, ele elenca como finalidade desse instrumento “uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 4). Pois bem, não se nega o papel que a seleção cumpre para que a corte assuma o papel, em uma democracia constitucional, de contribuir decisivamente para a formação de um horizonte sincrônico dos sentidos dados aos direitos e garantias fundamentais. Aliás, tais horizontes, interpenetrando-se diacronicamente, são parte de um dos pontos de investigação dessa pesquisa, mais adiante, que é a formação discursiva de um referencial de sentidos sobre tais direitos no tempo. A crítica que se faz aqui é quanto a se pretender que a extrapolação de um caso concreto – o que então faz dele uma descrição abstrata – possa regular a correta aplicação do direito em todos os demais casos de narrativa processual assemelhada. Mais ainda, deve ser observado que a tomada de uma decisão pela corte em verdade realimenta (quando de fato não inicia) sucessivos debates para além do acerto da decisão tomada, estimulando a investigação de traços distintivos relevantes entre o precedente levado em conta pela corte e casos outros.

É inegável, na forma como a operação do instrumento da repercussão geral foi definida regimentalmente pela corte, que foi feita opção por uma racionalidade na qual casos concretos são tomados como parâmetros que, após seu exame, extrapolam-se de modo abstrato. De fato, desde a seleção dos chamados “leading cases” é promovida a

comunicação a todas as instâncias judiciais inferiores para que elas lá suspendam a tramitação de feitos com a mesma temática, e, após o julgamento de existência ou inexistência de repercussão geral, procedam a um “exame sumário” dos feitos sobrestados (exame sumário que também se fará, em geral monocraticamente, quanto aos casos semelhante já presentes no Supremo Tribunal Federal), mediante a aplicação, a cada um deles, do texto geral que houver emergido como sumário do julgamento do *leading case*⁹. Aliás, cada um desses sumários, também por determinação regimental,

⁹ Trata-se aqui dos seguintes artigos do Regimento Interno do STF:

“Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.

[...]

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.

Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

Já a previsão no Código de Processo Civil em torno da abstração do sumário que se fizer do julgamento dos “leading cases”, bem como a sua confessada aplicação sumária sobre os chamados “casos idênticos”, encontra-se em seu art. 543-A, com redação dada pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

comporá uma base de dados que, quanto à pretensão de controle interpretativo apriorística, pouco ou nada difere daquela contida em súmulas jurisprudenciais (vinculantes ou não).

Tamanha aposta na possibilidade de que o exame de um ou alguns casos específicos desonere o aplicador, de forma automática, de examinar minudentemente os demais casos descritos como “idênticos”, termina por colidir com que a contemporaneidade já percebe quanto ao “status” da própria razão. No dizer de Adauto Novaes,

Em toda determinação racional existe uma margem de indeterminação, um dado ainda a determinar, certamente provocado pelo oposto da razão, criando o movimento ou passagem de uma razão latente à razão manifesta. São experiências racionais e imaginárias desfeitas e refeitas no curso do tempo. Ora, a razão não é autonomia plena que existe fora do seu contrário, mas uma autonomia que se constitui no triunfo sobre cada um de seus contrários não fugindo deles, mas lutando com eles e submetendo-os. Esse é o movimento que permite a criação permanente e concreta da razão, uma vez que ela não cessa de ser interrogada pela presença do termo suprimido. Estamos, pois, diante não de um conceito racional instituído, mas de um pensamento em ação, de uma razão instituinte, que existe apesar desses contrários. Só a religião e a racionalidade técnica – dois momentos de uma lógica semelhante – podem apresentar-se como razão absoluta, um Deus que não se discute, harmonia plena. A razão, no sentido forte do termo, traz em si

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.” (BRASIL, 2007).

mesma uma lógica atormentada que, a cada momento, presta contas do poder que exerce. Assim, toda razão é enigma, se entendermos a razão com um encontro com os opostos em um movimento sem fim. Nesse sentido, crise e razão têm um só e mesmo destino: se formos à origem do vocábulo, vemos que a palavra *crise* deriva do grego *krisis*, que quer dizer “julgar”, “faculdade de pensar”, e *pensar*, como todos sabem, é “pesar”, “decidir”. Crise e razão já nasceram de mãos dadas. (NOVAES, 2006, p. 11-12, *itálicos constantes do original*).

O registro atormentado do drama da existência, no monólogo hamletiano mais conhecido, é exemplo da concretude do dilema de decidir. Suportar o escárnio e os golpes do mundo, as injustiças dos mais fortes e os maus-tratos dos tolos pode até ser justificável por incertezas quanto ao que se possa achar para além da existência física, mas é a especificidade da injustiça sofrida pelo príncipe da Dinamarca que motiva ação concreta diante dos “males conhecidos”, ao invés da busca de refúgio em outros “males ignorados” (SHAKESPEARE, 2006, p. 82).

O estatuto de uma razão aplicada não pode, portanto, jamais dispensar a reconexão hermenêutica para com a especificidade do que for concreto, sob pena de ignorar a cooriginalidade e a codependência que possui dos argumentos que lhe são contrários e de deixar de se abrir publicamente à reconstrução, refugiando-se em uma técnica que foi elevada ao estado de dogma. Esse “hiper-racionalismo” (a expressão é de Sérgio Rouanet), compreensível no início de uma modernidade que, pela abstração do pensamento, busca sacudir-se de fundamentos metafísicos absolutos, apresenta-se hoje como um ponto cego à alteridade, a tudo o que não lhe é contemporâneo e a tudo o que lhe é diverso, sendo marcadamente cronocêntrico e etnocêntrico (ROUANET, 2006, p. 292).

As consequências mais diretas dessa racionalidade hipostasiada emergem no diagnóstico que o Poder Judiciário brasileiro faz de si mesmo. Tal diagnóstico, marcado quase que exclusivamente pela análise numérica dos índices de acúmulo processual, expressa-se na fixação de metas de teor quase que exclusivamente aritmético. Esse modo de pensar, aliás, levou à instituição pelo Conselho Nacional de Justiça de um instrumento apropriadamente chamado de “processômetro” como um índice de eficiência judiciária que é nada mais é que um contador eletrônico relativo ao cumprimento das metas numéricas.¹⁰

Ainda no campo da revisão dos excessos da racionalidade moderna, o chamado Primeiro Teorema da Incompletude de Gödel desponta com grande importância, precisamente porquanto dele se extrai, reversamente, que qualquer sistema formal de racionalidade matemática pode demonstrar apenas parte do conteúdo daquele sistema¹¹. Não é surpreendente, portanto, que suas conclusões tenham facilmente extrapolado os limites da simples argumentação matemática para ensejar uma moderação de racionalidades em vários campos do conhecimento, inclusive no direito. E aqui, o que

¹⁰ Duas notas da Agência CNJ de Notícias são bastante reveladoras da natureza e do propósito desse instrumento. A primeira delas deu conta que “A partir desta terça-feira (04/08), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga o sistema intitulado ‘Processômetro’, um contador de processos relacionados à chamada Meta 2, de nivelamento do Poder Judiciário, que se propõe a identificar e julgar este ano todos os processos protocolados até 31 de dezembro de 2005. Trata-se de uma página que estará acessível na página de abertura do portal do CNJ na internet (www.cnj.jus.br) com o objetivo de divulgar os números referentes aos processos que já foram julgados em todos os tribunais do país no período estabelecido para atingir a Meta 2. O serviço será atualizado mensalmente e os 91 tribunais brasileiros informarão, entre os dias 1º e 10 de cada mês, a quantidade de processos julgados no mês anterior incluídos na Meta 2. Os números poderão ser acompanhados pelo público externo a partir do momento de sua inserção no sistema. Pelo ‘Processômetro’, o internauta terá acesso a informações sobre o número de processos referentes à Meta 2 que já foram julgados. As pessoas poderão consultar em que esfera da Justiça estão o número de processos julgados até agora e, ainda, os tipos de processos julgados dentro da Meta.” (CNJ LANÇA PROCESSÔMETRO PARA ACOMPANHAR O CUMPRIMENTO DA META 2, 2008). A segunda, de pouco menos de trinta dias após, esclarece que tais informações serão atualizadas a cada dois segundos (PROCESSÔMETRO VAI INFORMAR ANDAMENTO DA META 2 A CADA DOIS SEGUNDOS, 2008).

¹¹ Mais especificamente, a tentativa de Gödel de unificar os vários sistemas formais matemáticos levou-o à conclusão de que “Qualquer teoria eficaz que seja criada, capaz de expressar aritmética elementar, não pode ser, simultaneamente, consistente e completa. Particularmente, para cada teoria formal construída de modo consistente que prove certas verdades aritméticas básicas, haverá uma afirmação aritmética que seja verdadeira, porém não incapaz de ser provada por aquela mesma teoria (GÖDEL, 2010, p. 14, tradução livre).

nas ciências naturais emerge como o alerta para uma distinção cuidadosa entre um sistema teórico geral e seus limites, quando considerada sua aplicação concreta, representa mais que uma simples possibilidade de incompletude. Desconsiderar tais limites levará, em última análise, à ausência de uma mínima legitimação no ato de aplicar-se a normatividade geral, já que inexiste possibilidade de justiça senão ante a dimensão contextual e específica de cada caso (CRAWLEY, 2006, p. 88).

O resumo de fundamentos de um chamado *leading case* (que é a atual forma central de operação do instrumento da repercussão geral), só pode ser generalizado e aplicado a outros casos se for (ainda que em parte) abstraído de seu contexto. Essa forma de racionalidade, que Edgar Morin chamará de unidimensional, nega precisamente a complexidade necessária para se lidar com a incompletude do abstrato diante do concreto, porquanto tende a não reconhecer aquilo que é singular (MORIN, 2006, p. 70 e 77). Um raciocínio complexo, necessário ao se lidar com tal incompletude, faz concluir que toda a construção de sentido resulta de uma seletividade forçosa, indispensável para que se reduza essa referida complexidade, mas por isso mesmo precária em tal redução (LUHMANN, 1998a, p. 29)¹².

Outro aspecto a ser questionado nas pretensões abrigadas pela corte em torno do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários é a aparente facilidade com a qual serão escolhidos casos chamados “idênticos”, bem como a ausência de problematização que essa “identidade” (se se pode chamá-la assim) oferece. Isso porque, em primeiro lugar, além do imenso horizonte de sentidos que a definição dada pela

¹² Tal seletividade é o traço que se pretende explorar, na segunda etapa da presente pesquisa, entre a forma de construção de pauta da corte e seu papel, em uma democracia constitucional, como tematizadora de uma memória dos sentidos de direitos e garantias fundamentais, e a legitimação que está vinculada à assunção pública da responsabilidade da corte pela seleção de sua pauta.

norma processual civil à “repercussão geral” pode assumir¹³, considere-se, apenas como exemplo da complexidade possível em sua leitura, o fato de que, sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica, qualquer interpretação de uma parte é sempre reconstrutiva do todo o qual ela integra. Isso é especialmente visível na aplicação de normas jurídicas, eis que a linguagem é sempre o *medium* constitutivo de uma leitura de mundo, e não um objeto que esteja à disposição daquele que se vale dela (GADAMER, 1999, p. 559). Uma norma regimental da corte, que afirme a irrecorribilidade das decisões (mesmo que monocráticas) que concluem pela inexistência da repercussão geral, não ultrapassa este limite¹⁴. É que a interpretação dada pelo regimento à exigência do art. 93, IX, da Constituição Federal (obrigatoriedade de fundamentação de toda decisão judicial, inclusive, é claro, as decisões tomadas pelo STF), tem levado a que as razões da inexistência desta repercussão geral sejam integradas ao acórdão ou à decisão monocrática proferida no recurso extraordinário. Mais ainda, e como já dito, tal regimento exige que elas formem um banco de dados eletrônico sobre repercussão geral nos mais diversos casos, dados esses que, embora colhidos em um ou mais *leading cases* concretos, são de imediato sumarizados para permitir o seu extrapolamento.¹⁵

Tais casos, portanto, ainda não podem a rigor serem tomados como os *leading cases* da experiência do *common law*, vez que seus sumários ainda ganham mais importância operacional que os fundamentos específicos e contextuais de sua decisão. A atenção específica a tais fundamentos permite, por exemplo, no sistema do *common law*, uma sadia autorrestricção das cortes na distinção entre enunciar precedentes que norteiam

¹³ Vide o já referido art. 543-A, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que denomina de relevantes questões “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” sob os pontos de vista não exclusivamente jurídico, mas também econômico, social ou político (BRASIL, 2007).

¹⁴ Relembre-se a irrecorribilidade que está prevista no art. 326, do RI STF (BRASIL, 2011a, p. 155).

¹⁵ Novamente, artigos 325, par. único, e 329 do RI STF (BRASIL, 2011a, p. 155).

a convergência de decisões e, de outra parte, tomar para si a tarefa – que, de todo modo, não poderá ser de fato realizada por ela - de editar abstratamente o direito. Para as cortes do *common law*, precedentes são tratados como forma de fazer convergir a argumentação jurídica em meio à complexidade do sistema do direito e da regulação da vida em sua diversidade incontrolável. Porém isso lá é feito sempre colocando-se a solução de disputas concretas como o centro do trabalho da corte (LAMOND, 2005, p. 26), sem que se pretenda que a tomada de uma decisão dispense a mediação interpretativa pela qual se faz o confronto de fundamentos e de especificidades entre o *leading case* e os demais casos.

Não obstante, ainda que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no uso do instrumento da repercussão geral não sejam precedentes no sentido da tradição do *common law*, o sumário de decisões produzido e divulgado pela corte, com a intenção de sua incidência em casos outros, gerará, presumivelmente, esforço para análises diferenciais nos inúmeros recursos vindouros. Advogados responsáveis por tais casos procurarão estabelecer distinções (que sustentam serem relevantes) entre os fundamentos aplicados na decisão originária e os argumentos em debate no novo caso. É significativa, nesse sentido, a notícia colhida pelo sítio Consultor Jurídico, segundo a qual

As novas ferramentas para desafogar tanto o STJ como o STF também estão mudando a rotina dos advogados. A análise da repercussão geral para que um recurso seja decidido pelo Supremo Tribunal Federal reforça o trabalho em equipe de escritórios de advocacia. No Superior Tribunal de Justiça, a Lei de Recursos Repetitivos força os advogados a desenvolverem novas teses, se quiserem que o seu caso não esteja entre os processos de massa. Quando não há inovações, a solução é buscar o escritório responsável pelo precedente, muni-lo de informações e ajudá-lo a se preparar para que a tese seja aceita pelos ministros.

Antes da introdução desses instrumentos no dia-a-dia das cortes, o trabalho em equipe dos escritórios já existia. No entanto, com a aprovação da Repercussão Geral e da Lei de Recursos Repetitivos, a colaboração se tornou crucial. Se o STF não reconhecer a Repercussão Geral naquele recurso, nenhum dos demais será aceito, até que haja uma mudança na jurisprudência da corte. No STJ, a situação é parecida. Rejeitada a tese apresentada no leading case, nenhum outro que tenha os mesmos argumentos será analisado. (MATSUURA, 2009)

O que há de importante em tal movimento rumo a uma argumentação fundada em distinções entre casos é que ele aumenta a complexidade argumentativa posta sob o exame do aplicador do direito. Se por um lado as contradições (e as possibilidades) da pretensão de controle interpretativo são frágeis, nem por isso se dispensa pensar qual pode ser o papel constitucionalmente adequado para o instrumento que já se acha constitucionalmente previsto e já em pleno uso pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶, mormente diante da força vinculante que, como se viu, foi dada a tais decisões na mesma Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Mas, se há um potencial enriquecedor para a relação entre direito e democracia neste instrumento, ele certamente requer que a racionalidade aplicada em sua compreensão aponte para um incremento de complexidade no sistema do direito, exigindo do aplicador uma distinção ainda mais sofisticada entre discursos de formação e de aplicação da norma jurídica (GÜNTHER, 1993, p. 45).

A dimensão diacrônica dessa crescente complexidade é relevantíssima para que se possa indagar as possibilidades de que a repercussão geral seja operada para além dos

¹⁶ Até janeiro de 2010, já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal cento e setenta e sete temas nos quais a repercussão geral se faz presente, dos quais dezessete resultaram na reafirmação de entendimento que antes já era o predominante na corte e cento e vinte e dois ainda estão pendentes de julgamento. Sessenta e três temas tiveram sua repercussão geral negada, e outros sete temas aguardavam a posição dos ministros da corte (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 17, 53, 63, 71 e 85).

limites da racionalidade unidimensional que a tem guiado até aqui. Tomar casos, na riqueza de sua concretude e na irrepetibilidade de suas condições específicas, como eventos no sentido hermenêutico-filosófico é a consequência forçosa da investigação gadameriana. Gadamer, ao examinar a forma de produção de sentido e sua inserção no tempo, situa dois elementos fundamentais: a) tudo o que podemos apreender do mundo somente pode ser compreendido a partir de uma mediação linguístico-interpretativa; e b) nossa própria historicidade torna toda observação do passado um diálogo que, para atribuir sentido aos eventos já acontecidos, termina por reconstruí-los:

Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido.

...

O diálogo que travamos com o passado nos coloca diante de uma situação fundamentalmente diferente da nossa – uma situação “estranha” diríamos – que conseqüentemente exige de nós um procedimento interpretativo. (GADAMER, 2003, p. 20-21)

Para Gadamer, a questão central do problema da compreensão não é, portanto, uma questão que pode ser investigada nos limites de uma filosofia da consciência, mas apenas nos limites de uma filosofia que pense a consciência em sua inserção histórica:

A consciência que hoje temos da história difere fundamentalmente do modo pelo qual anteriormente o passado que se apresenta a um povo ou a uma época. Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo o presente e da relatividade de toda opinião. (GADAMER, 2003, p. 16).

Assim, é também essa condição hermenêutica inescapável que põe em xeque a possibilidade de uma racionalidade abstrata absoluta. A racionalidade, se se pretende científica, agora somente pode ser vista como datada, aberta à refutação, sabedora de seus limites (ou, quando menos, de que tais limites existem). Ela é incapaz de “domar a linguagem”, é incapaz de controlar o processo de atribuição de sentidos dos temas que são objeto da investigação científica (GADAMER, 1983, p. 99). Neste sentido, a modernidade que “faz nascer” a razão, também dá origem à crise desta mesma razão, porquanto a liberdade dos modernos é a liberdade para contrapor racionalidades distintas, tornando-se impossível falar em uma racionalidade que seja unívoca ou universal (MOURA, 2006, p. 93-94).

Na perspectiva gadameriana, portanto, o mundo é vivenciado como texto a ser interpretado, e assim os sentidos que ele apresenta jamais refogem à hermenêutica, precisamente porque nossa ponte de conexão linguística com o mundo faz da interpretação a nossa única porta de acesso a ele:

O que constituiu uma autêntica associação entre as pessoas é do fato de cada um ser primeiramente uma espécie de círculo de linguagem para si. Só então esses círculos se tocam e vão fundindo-se cada vez mais. Nesse caso o que fica de pé é sempre de novo a linguagem, com seu vocabulário e gramática, como antes e agora, e jamais sem a infinitude interna do diálogo que está em curso entre o que fala e seu interlocutor. (GADAMER, 2004, p. 269).

Depois de ultrapassada a concepção de um "devir" histórico marcado por uma causalidade fixa, a experiência histórica pode ser abordada através de uma pragmática

discursiva, isto é, de usos semânticos em uma perspectiva diacrônica. A significação destes usos é, por sua vez, o objeto da filosofia hermenêutica, e nisto são estabelecidos pontos de contato entre ela e a investigação feita pelo historiador.¹⁷ A pretensão inicial de Gadamer nesta relação é bastante assimiladora: ele propõe ver a história como uma narrativa hermenêutica, já que a compreensão do mundo é mediada pela linguagem, e toda a tematização de sentidos que se possa fazer requererá o uso de mais linguagem, em uma complexidade hermenêutica progressiva e inevitável. Nessa dimensão, história conceitual e filosofia são ambas narrativas que se reportam a tradições formadoras de pré-concepções, as quais são visíveis apenas em uma análise das práticas sócio-discursivas.¹⁸ A modernidade não apenas se põe como uma nova visão no tempo, mas como uma nova visão *do* tempo, em que o futuro não é mais a repetição do passado. Há nesse passado um horizonte em aberto que torna necessária uma reconstrução de sentidos dados então a um determinado texto. Gadamer reconhece que toda a aproximação hermenêutica, embora principie como um estranhamento do "outro", vai buscar anular esta distância¹⁹. Esta abertura para o "outro" é para ele condição necessária à visibilidade dos próprios limites do intérprete²⁰. Esta aproximação poderá ser sim temporal (uma "presentificação"), até porque a forma de a modernidade compreender o futuro (como "aberto") é também a forma como uma modernidade tardia adquire reflexividade, ao ver na linguagem também esta mesma abertura.²¹ É interessante notar que esta reflexividade, uma vez que pressupõe a ideia do "outro", não pode ser a objetivação do conhecimento. Portanto a tradição, no seu sentido gadameriano, não há

¹⁷KOSELLECK;GADAMER, 1987, p. 9-10.

¹⁸ idem, ibidem, p. 18-20.

¹⁹ Bretone, 2000, p. 173.

²⁰ Gadamer, 2003, p. 14-15.

²¹ Koseleck; Gadamer, p. 106.

de ser sempre confirmada hermeneuticamente. Ainda que ela não possa ser afastada dos elementos que são tematizados no processo de interpretação, a própria interpretação pode levar à dissolução, ruptura ou mudança da tradição ressignificando o objeto interpretado a partir da observação e compreensão do "outro" (GADAMER, 2003, p. 12-13).

A universalidade que Gadamer atribui à hermenêutica e esta abertura necessária a todo processo de compreensão propõe um problema: se nada refoge à hermenêutica, em que condições a racionalidade científica pode ser democrática, abrindo-se ao menos à possibilidade de construções de sentido legitimadas socialmente? A investigação de tal possibilidade, no escopo da presente pesquisa, faz-se não no campo do debate das ideias, mas em como tal debate pode ser articulado com a práxis e o desenho institucional dados pela corte para o instrumento da repercussão geral na admissão dos recursos extraordinários.

A possibilidade real de vinculação entre a teoria do direito e sua sociologia claramente remetem à obra de Habermas²², porém uma compreensão mais aprofundada de como a relação complementar democracia/razão impacta a relação direito/legitimidade requer que se indague, mesmo que modo sintético, como a teoria discursiva habermasiana incorpora e reflete o debate travado com a hermenêutica filosófica gadameriana. Também é necessário recuperar como, em momento posterior, a teoria discursiva habermasiana retomará, com a teoria argumentativa de matriz alexyana,

²² Para utilizar resumo de autoria do próprio Habermas, "...a legitimidade do direito não deve ser assimilada pela noção de uma validade moral, tampouco o direito deve ser completamente separado da moral. O direito é melhor compreendido como um *complemento* funcional de uma moralidade pós-tradicional em sentido fraco, a qual, para além de qualquer institucionalização, é fundada somente na consciência pessoal de cada indivíduo. Sob a perspectiva de um observador, o direito moderno pode portanto compensar as incertezas de uma consciência moral que, em geral, somente funciona bem nas situações de diálogo face-a-face, ao passo que um direito coercitivo tem um impacto para bastante além disso. Simultaneamente, o direito positivo não perde todo o seu conteúdo moral, pelo menos enquanto atender aos requisitos de sua legitimidade" (HABERMAS, 1999, p. 938-939).

o debate em torno da legitimidade na aplicação do direito e das pretensões do aplicador quanto à razão pela qual seu ato decisório se guia.

A posição inicial de Habermas é a de que a inafastável contingência histórica do “ser-aí” heideggariano corrói o racionalismo ocidental e se constitui em um obstáculo à possibilidade da crítica. Examinando estes obstáculos, Habermas, comentando a adesão de Heidegger ao nacional-socialismo alemão, aponta que

Uma simples reavaliação moral e política do nacional-socialismo teria atacado os fundamentos da ontologia renovada e questionado a sua base teórica. Se, ao contrário, a decepção se destacasse da esfera em evidência do juízo de ações responsáveis, e o erro desvelado pudesse ser estilizado como um erro objetivo, um erro fatal, não correria risco a continuidade com as posições iniciais de *Ser e tempo*. Heidegger elabora sua experiência histórica com o nacional socialismo de tal modo que não questiona a pretensão elitista de um acesso privilegiado do filósofo à verdade. O fato de o mais resolutivo dos filósofos só aos poucos abrir os olhos para a natureza do regime é uma lição atrasada da história universal, cuja autoria deve ser assumida precisamente pelo próprio curso do mundo, não a história concreta, mas uma sublimada promovida à altura dos olhos da ontologia. Com isso nasceu o conceito da história do Ser. (HABERMAS, 2002, p. 223-224).

Tal preocupação é fundada em problema bastante concreto: se nada refoge à hermenêutica, como estabelecer a crítica das experiências mais traumáticas da história, tal como o regime nacional-socialista alemão? Aparentemente, a importância dada por Gadamer ao papel da tradição na formação de pré-compreensões nas quais a linguagem se assenta esvazia fortemente a crítica, quando o materialismo histórico – mesmo após suas revisões – demonstra a imprescindibilidade de um ponto para além destas tradições nos quais a crítica possa ser elaborada (HABERMAS, 1990a, p. 255 e p. 273). Naquele

momento de suas reflexões, Habermas ainda tende fortemente para o que Heikman qualifica como a procura para algo além do pré-conceito que possa servir como fundamento para as ciências sociais em sua dimensão crítica (HEKMAN, 1990, p. 191).

Em resposta, Gadamer recusa que a hermenêutica seja um obstáculo à crítica e, simultaneamente, nota que mesmo as críticas de Habermas à universalidade hermenêutica são feitas a partir da (e fundada na) mediação interpretativa da linguagem a qual, por sua vez, também compõe um pano de fundo de pré-compreensões. Na avaliação gadameriana, portanto, não apenas a hermenêutica subsiste em sua pretensão de universalidade, como esta pretensão não exclui a possibilidade de crítica (GADAMER, 2004, p. 279 e p. 283). A insistência de Habermas, contudo, é a de que, tal como faz a psicanálise, o materialismo histórico poderia reconstruir linguisticamente e sob uma perspectiva suficientemente objetiva a narrativa sobre traumas sociais, tais como a exploração do trabalho pelo capital:

Certamente, Marx indicou as condições objetivas sob as quais os comunistas já esclarecidos teoricamente poderiam proceder à organização do processo de esclarecimento para as massas dos trabalhadores. A coerção econômica à formação de “coalizões de trabalhadores” e a socialização do trabalho no sistema fabril produziram uma situação comum na qual os trabalhadores se viram obrigados de uma forma natural a aprenderem a defender os seus interesses comuns; a “submissão real do trabalho assalariado sob o capital” produziu a base igualmente real a partir da qual os próprios interessados poderiam atingir a consciência do sentido político de suas lutas econômicas. (HABERMAS, 1990b, p. 42)

Mas a perspectiva habermasiana de que “enfermidades” histórico-sociais devam ser tratadas trazem em si o pressuposto de que se possa imputar um *pathos* social a terceiros. Isto desencadeia uma reação veemente de Gadamer:

Na realidade, a objeção que fiz é óbvia. Eu disse que o paciente e o médico estariam envolvidos e limitados a um determinado jogo de papéis sociais, suposto que o trabalho de reflexão emancipatória seja exercido com responsabilidade profissional. Não pertence à legitimação social do médico (ou do analista leigo) ultrapassar seu âmbito terapêutico e a partir da reflexão emancipatória “tratar” a consciência social dos outros como “doentia”. (GADAMER, 2004, p. 301).

O que resta, porém, de fundamental neste embate é que Habermas, ao tempo em que acolhe as objeções de Gadamer, prossegue na busca de um ponto de apoio para a teoria crítica. Embora não mais calcado no materialismo histórico, ele o faz, como nota Cameron, aprofundando-se na condição linguístico-hermenêutica dos processos de construção de sentido, particularmente no modo como são formados e complexificados, desde a infância, os juízos de valor e os juízos normativos. Habermas, assim, pôde enunciar algo que de fato é universal – ainda que de uma universalidade intramundana – em um momento no qual se reconhece que a mediação hermenêutica da linguagem nos constituiu a nós e não nós a ela: o princípio do discurso, que incorpora uma razão suficientemente ciente de sua falibilidade, sendo por isso mais bem capacitado a lidar com a modernidade e seus paradoxos fundantes (CAMERON, 1996, p. 164 e p. 166). Tal racionalidade reconhece que o discurso da modernidade sobre si mesma - e sobre a sua ressignificação do passado - é simultaneamente aberto histórica e linguisticamente, e a filosofia hermenêutica permite articular esta simultaneidade. Não obstante, o princípio

discursivo ainda abriga a possibilidade de crítica, e o faz exatamente por pretender menos da razão, já que não é possível admitir que seres humanos historicamente inseridos exerçam "controle" da história.²³ E, posto desta forma, é necessário agora observarmos como tanto o princípio discursivo como a hermenêutica filosófica podem, por partilharem desta racionalidade reflexiva, tematizar um requisito de seletividade narrativa no processo judicial (como é a exigência de “repercussão geral” no tema versado em recursos extraordinários), criticando as pretensões postas sobre ele e abrindo o debate sobre suas possibilidades em uma democracia constitucional.

São necessárias aqui críticas à forma pela qual o legislador federal e o Supremo Tribunal Federal (em seu regimento interno) têm compreendido o conceito de “repercussão geral” dos recursos extraordinários. Qualquer causa judicial debate pretensões que se afirmam (mesmo que indiretamente) como constitucionais. Do contrário, incidiriam na contradição de requerer a adjudicação de direitos que não possuíssem amparo na ordem constitucional – isto é, a adjudicação de “não-direitos”. Deste modo, qualquer debate judicializado a rigor contribui para a formação de um horizonte de sentidos dados a princípios constitucionais. Logo, a compreensão do que seja “repercussão geral” de um recurso extraordinário situa-se ela própria imersa em uma tensão: não pode ser de antemão definida²⁴, e ainda assim é necessário dar-lhe uma definição a cada novo caso examinado.

²³ Em um diálogo interessante com Nietzsche, Gadamer vai apontar que o estranhamento da razão se faz pela própria razão, e, ao invés de reduzi-la ao mito, a melhor alternativa é posicionar esta precariedade da razão histórica - esta temporalidade - no centro da reflexão filosófica, retirando dela pretensões de saberes absolutos que "suspendam o passado" o que dele disponham ao seu bel-prazer (GADAMER, 1995, p. 117-121).

²⁴ Nem o deve ser, quando internamente se pretende manter aberta a identidade do sujeito constitucional (HABERMAS, 2003, p. 293) e, sob uma perspectiva externa, manter-se o próprio sistema do direito aberto para futuro.

A definição em norma de lei do que seria esta “repercussão geral” somente pode ser tomada ela própria como uma definição aberta. Ela expressa princípios que, resumidamente, devem reconduzir à seguinte pergunta: o debate travado na causa posta perante o tribunal versa sobre o significado de princípios fundamentais que a corte deva abordar neste momento?

Posta desta forma a pergunta, duas consequências se abrem. A primeira é a absoluta ilegitimidade – e mesmo impossibilidade – de que, tal como pretendeu o legislador e a norma regimental do Supremo Tribunal Federal, a decisão tomada em determinado caso sobre o sentido de sua repercussão para o sistema de direitos fundamentais seja aplicada “automaticamente” para “casos idênticos”. Sob a perspectiva hermenêutica estrita, não existem casos idênticos, mas narrativas que, por sua seletividade, assemelham casos entre si. Além disto, esta aplicação meramente reprodutiva dos enunciados gerados sob a forma de uma “base de dados sobre a repercussão geral”, ao pretender ofertar ao jurisdicionado a fundamentação extensiva de negativa de sua pretensão, expõe-se ela mesma à crítica de que as peculiaridades dos demais casos não foram examinadas. Vale dizer, é prometida ao jurisdicionado uma certeza unívoca (e célere) quanto ao sentido dos direitos fundamentais que emerge da corte constitucional, porém a frustração que se segue ao não atingimento destas promessas atua como uma armadilha gerada pela opacidade teórica com a qual o tema foi tratado.

É possível perceber aqui um importante “ponto cego” na forma de operação e de compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre as possibilidades do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários. Trata-se da relação entre democracia e ciência. Tomar a racionalidade numérica (a quantidade de feitos pendentes na corte) *per*

se como ponto central do qual emanará o exercício legítimo da jurisdição constitucional, contra a série de objeções já descritas até aqui não pode ser pura e simplesmente apresentado como um imperativo de funcionalidade. Como uma dentre outras opções possíveis para a solução de problemas complexos, a opção por qualquer uma delas é uso de uma epistemologia marcada sempre por uma opção política. É nesse sentido que Chalmers adverte para a inevitabilidade de que toda a ciência não é “descoberta”, mas sim “fabricada” pelo uso de métodos que são historicamente contingentes e que, por esse motivo, não podem ser tomados como únicos (CHALMERS, 1994, p. 11, 18 e 37). Esse ponto cego se revela como uma práxis de buscar a ancoragem dos problemas da jurisdição constitucional em uma homogeneidade de fundamentos e de resultados interpretativos. O que não se vê é que, desde sua seleção, o precedente ou grupo de precedentes dos quais se pretende extrair um sumário de decisão seja – como não poderia deixar de ser – questão de franco arbítrio da corte²⁵. Todo o fundamento interpretativo escolhido como ponto de partida é portanto precário, o que aliás deflui da autonomia gerada pela modernidade²⁶. Por conseguinte, é ainda maior a necessidade de que a sua justificativa não busque elidir tal precariedade, mas a assuma em sua argumentação. Vale dizer, a aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos não

²⁵ Uma vez mais o notável contraste entre as declarações do regimento interno da corte: embora a repercussão geral do tema tratado seja exigida de todos e qualquer recurso extraordinário (art. 322), a seleção dos precedentes em que se fundamentará decisão que se pretende aplicável aos demais recursos de igual tema se dá da seguinte forma: “Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem” (Regimento Interno do STF, artigo 328, par. único) – Brasil, 2011a, p. 156.

²⁶ Esse paradoxo, em sua repercussão sobre as ciências do espírito, é bem resumido por Ivan Domingues: “No início da modernidade, a exemplo das ciências naturais, em diferentes campos das ciências humanas procurava-se um fundamento sólido para a construção do edifício do conhecimento, seu ponto arquimediano: a *substantia causa sui* de Espinosa, os átomos de Hobbes, as essências de MM de Port-Royal. Hoje, o edifício está construído, mas ao fim e ao cabo de seu processo de construção as ciências humanas acabaram por perder seu fundamento, quando se descobrem cada vez mais dependentes do sujeito, o qual não obstante não se revela capaz de erigir-se como seu ponto de ancoragem último ou seu ponto arquimediano.” (DOMINGUES, 1999, p. 364).

pode ser dogmaticamente justificada pelo apelo a uma outra racionalidade também geral. Vem de Feyerabend o alerta de que a modernidade requer separação entre Estado e Ciência (FEYERABEND, 2003, p. 319), precisamente para que a autoridade estatal não se justifique a si própria como imperativo de ordem científica, numa tentativa de se imunizar à crítica pública.

Somente pela admissão de que toda racionalidade deixa ao seu redor uma grande margem de incerteza é que o processo de decisão poderá abrir espaço a uma racionalidade cuja generalidade seja mediada pela contingência do que é específico em cada caso concreto. É o que Moles qualifica como uma filosofia prática adequada à complexidade desencadeada pela modernidade (MOLES, 1998, p. 240 e 277-278).²⁷

A possível e necessária convivência (tensa, é certo) entre a imperatividade de pronunciar decisão – própria do sistema jurídico – e essa margem de incerteza é precisamente o que requer a recondução de toda a decisão à especificidade das circunstâncias que a caracterizam, no sentido hermenêutico, como evento irrepetível. Tratando da incerteza que marca a linguagem e sua relação com o ato de julgar (tanto em seu sentido mais amplo como no mais estrito), Wittgenstein observa que uma decisão judicial somente se pode postar para além da dúvida razoável diante do máximo esforço de apreciação de uma situação concreta e específica, e por isso não se pode pretender de nenhum juízo a produção de uma certeza em termos filosóficos gerais.²⁸

²⁷ Cf. ainda Paul Feyerabend, 2003, p. 290-291, e, em especial, p. 316-317 a afirmação de que “...nossos pensamentos e ações...não são estáveis e não podem ser estabilizados prendendo-os a um ponto de vista particular.”

²⁸ “Num tribunal, a declaração de um físico de que a água ferve a cerca de 100° C seria aceita incondicionalmente como verdade. Se eu desconfiasse dessa declaração, que poderia fazer para a contrariar? Fazer experiências eu mesmo? O que provariam elas? Mas se a declaração do físico fosse superstição e fosse tão absurdo fundar nela a sentença, como confiar numa prova de fogo? Que, em minha opinião, outra pessoa tenha estado em erro, não é fundamento para supor que eu estou em erro agora. Mas não será fundamento para supor que eu *pudesse* estar em erro? Não é fundamento para qualquer *insegurança* no meu juízo ou nas minhas ações. Um juiz poderia mesmo dizer ‘Isso é a verdade – tanto quanto um ser humano pode saber’. Mas o que se conseguiria com esse aditamento? (‘fora de toda dúvida razoável’).” Wittgenstein, 2000, p. 171.

Curiosamente, abrigar uma pretensão de dispensa dessa mediação interpretativa entre o geral e o específico pode – e em geral o fará – resultar em decisionismo, e não na legitimidade que se pretendia pela (aparente) uniformidade de entendimentos ou pela redução do estoque acumulado de processos pendentes de exame perante a corte. A experiência humana é repleta de especificidades e particularidades, as quais formam eventos singulares. A soma dessas singularidades (e não uma descrição geral delas) formam um conjunto de frágeis porém indispensáveis fios. Esses, por sua vez, é que pragmaticamente (no sentido linguístico) permitem compreender (e portanto operar) as garantias fundamentais como “aquisições humanas incorporadas de forma imanente ao pacto de sociabilidade no qual se envolvem o modelo democrático e a forma história do Estado de Direito”. (CARCOVA, 2006, p. 37, trad. livre). Contrariamente ao desenho regimental e infraconstitucional dado à repercussão geral de recursos extraordinários, a legitimidade discursiva do controle de constitucionalidade exercido pela corte em seu nível mais alto não é obtida pelo atingimento (ainda que por meios mais sofisticados) do sonho lógico-positivista de uma linguagem suficientemente pura e produtora de uma estabilidade científica de significados, tal como abrigou o primeiro Wittgenstein em seu *Tractatus Logicus Philosophicus*²⁹. A produção científica de sentidos (ao menos aquela produção que busca adequação à hipercomplexidade social na qual atuará contemporaneamente) não almeja uma igualdade exata:

Instabilidade e diferenças em nossas histórias, práticas, assunções e motivos verbais não são nem avarias do sistema que requeiram um concerto engenhoso, nem sinais de fraqueza moral que requeiram a postulação de ideais

²⁹ “Todo o sentido desse livro pode ser resumido na seguintes palavras: o que é possível ser dito deve ser dito claramente, e daquilo que não podemos falar, devemos nos calar.” (WITTGENSTEIN, 2009, p. 27, tradução livre).

reguladores contrafactuais. Pelo contrário, essas são precisamente as características das línguas terrenas (diferentes das línguas artificiais ou angélicas), e as tornam como sistemas, sensíveis e dinâmicas em vez de regulares (isto é, reguladas, ordenadas e invariantes) e inertes. Mas, novamente, temos uma moeda com dois lados. Pois isto, a diferença inevitável de nossas histórias e a instabilidade incorrigível de nossas práticas verbais, é também o porquê de nenhum falante poder predizer exatamente os efeitos de suas palavras em qualquer uma de suas audiências ou, para o melhor ou para o pior, *controlar* tais efeitos: nem poeta, pregadora, amante, professora, governante ou revolucionária, e mesmo com todo o talento artístico verbal, rigor lógico-moral, poder político ou maravilha tecnológica do mundo. Repito: para o melhor ou para o pior. (HERRNSTEIN-SMITH, 1998, p. 154)

Aquilo, pois, que em um primeiro momento se afigura como a mais direta e necessária providência para a racionalização da jurisdição constitucional prestada pela corte pode, sob este aspecto, fazer-se revestida de um excesso de racionalidade que paradoxalmente a torne irracional, como exemplifica, aliás, a significativa experiência de uma das primeiras súmulas vinculantes (instrumento que, tal como o produto do exame das hipóteses de repercussão geral de recursos extraordinários, também é operado pela corte sob o pálio da possibilidade de controlar a aplicação do direito de forma apriorística, mediante o controle de significados). A questão em foco foi a base de cálculo do adicional de insalubridade previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, e no caso se indagava se a base de cálculo estabelecida lá (salário mínimo legal) apresentava compatibilidade com o art. 7º, IV, da Constituição Federal, dada a vedação constitucional de que o salário-mínimo fosse utilizado como indexador.

A decisão da corte foi no sentido de que “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo

de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 2).

Nesse sentido, foi então ultrapassada a jurisprudência de até então no Tribunal Superior do Trabalho. Porém, as consequências dessa superação, na interpretação daquela corte trabalhista, foi a de que “a partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da súmula vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.³⁰ Essa interpretação da corte trabalhista, por sua vez, foi novamente alvo de questionamento perante a corte constitucional, através do instrumento clássico da reclamação, o que resultou até dezembro de 2009 na prolação de 53 decisões monocráticas de reexame da matéria³¹, em sua quase totalidade desautorizando a interpretação dada pela corte trabalhista ao que consta do texto da súmula vinculante nº 4. De fato, para pior ou para melhor, o texto que se pretende aplicar a casos que extrapolem o seu contexto não possui condições efetivas de fixação de sentidos, mas (e se tanto) de um norte para o aplicador da norma.

O estabelecimento de significados, pois, não pode ser pensado senão no contexto das várias ações que concretamente ensejam o uso dos conceitos (STRAUD, 2005, p. 316-317), o qual não pode ser reconduzido a um conjunto abstrato e prévio de regras de interpretação. Interpretar (no sentido da compreensão de um sentido específico) não se confunde com a descrição e tampouco com a explicação no que tange à abstração que essas duas últimas ainda podem abrigar (DOMINGUES, 2004, p. 124-125 e p.134). Por

³⁰ Súmula 228/TST, cf. Tribunal Superior do Trabalho, 2009, p. 65.

³¹ Resultado de consulta feita ao sítio do Supremo Tribunal Federal, através da ferramenta eletrônica de busca disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adicional+e+insalubridade+e+base+e+c%E1lculo+e+reclama%E7%E3o%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=6&base=baseMonocraticas>>, acessada em 03 jan. 2010.

esse motivo, a razão científica só pode ser vista, de modo adequado à modernidade, como uma razão social que é percebida em uma práxis (GADAMER, 1983, p. 41-42), aliás frequentemente reveladora de nossa facetas menos democráticas, em especial se não houver preocupação quanto ao controle social dos que manejam discursos especializados, sob o pressuposto de que os sentidos produzidos por tais especialistas são objetivamente guiados por uma razão científica (FEYERABEND, 1988, p. 101-102).

Nesse ponto, deve-se retornar à advertência de Feyerabend quanto ao fato de que decisões tomadas pelas instâncias especializadas necessitam, em uma democracia, submeter-se ao controle da sociedade porque uma democracia pressupõe que a maturidade e o saber para a decisão sejam extraídos das ruas, e não dos discursos especializados – ainda que tais discursos, é claro, possuam papel nela:

...La opinión de los expertos se tendrá lógicamente en cuenta, pero la última palabra no la tendrán ellos. La última palabra la constituirá la decisión de comités democráticamente constituídos, en los cuales el hombre de la calle lleve las de ganar.

Pelo posee el hombre de la calle los conocimientos precisos para tomar esta clase de decisiones? No cometerá graves errores? No resulta, por lo tanto, necesario dejar en manos de los expertos las decisiones más importantes?

En una democracia, desde luego que no.

Una democracia es un colectivo de personas maduras y no un rebaño de ovejar guiado por una pequeña camarilla de sabelotodos. La madurez no se encuentra tirada por las calles, sino que hay que aprenderla. [...] Claro está que nos científicos suponen que no hay nada mejor que la ciencia. Los ciudadanos de una democracia no pueden contentarse con una fe tan piedosa. (FEYERABEND, 1988, p. 100)

Esforços que pressuponham, pela centralização da autoridade interpretativa, um controle efetivo dos riscos de incerteza na aplicação do direito não possuem compatibilidade com os limites do papel da racionalidade. Já nos é possível perceber a contingência como atributo definidor da passagem para a modernidade, seja qual for o ponto de observação que se tome dela, em quaisquer de seus vários sistemas sociais especializados. Por tal motivo é exigida uma lógica complexa para lidar com os problemas desencadeados por essa contingência moderna (LUHMANN, 1998b, p. 45-46). Buscar “exorcizar” tal contingência mediante um desenho institucional, ou deixar de incorporá-la em uma práxis, revela-se, na expressão de Habermas, como a adoção de uma posição objetivista que não é apenas a expressão de uma teoria do conhecimento, mas exprime uma estratégia de poder, a qual não pode negar sua face autoreferencial (HABERMAS, 1990a, p. 473).

Tomar-se a contingência e a inevitabilidade do risco como características da modernidade, aliás, permitem uma distinção mais adequada ao tratamento das expectativas a serem mantidas pelo direito: a distinção entre risco e perigo, deixando de lado a bastante antiga tendência de se atrelar o papel do direito à invariabilidade de uma “retribuição” pelo descumprimento da norma jurídica, como se a aplicação do direito e a observação dessa aplicação não fossem ambas inseridas em um contexto de variabilidade (LUHMANN, 2005b, p. 25-26). Se o futuro pode ser percebido na modernidade como risco, a abertura para o futuro, que é signo do direito na modernidade, dá-se pela compreensão de que, numa sociedade “sem heróis e sem mestres”, a designação de quem atuará em um processo decisório já expressa em si parte do risco de uma decisão (LUHMANN, 2005b, p. 49, 103 e 118). Desse modo, qualquer centralização ou restrição na atribuição de decisões não consegue expungir riscos – no

máximo, pode fazer-se mais cega à existência deles. Disso resulta que, como resposta a que não se pode prever, aqueles que integram instituições ou organizações, na prática de suas decisões, venham muito mais a divergir dos padrões pré-determinados do que convergir para eles (LUHMANN, 2005b, p. 200).

Se Kelsen, por seus limites epistemológicos, não poderia conceber a norma jurídica senão como válida exclusivamente a partir das condições formais de sua edição, a impossibilidade de assegurar os limites de sua aplicação contra o ato de autoridade faz com que tal norma para ele não possa ser tomada como mais que um traço esquemático (KELSEN, 2000, p. 4). A tessitura aberta da norma jurídica é então um obstáculo intransponível no qual a “...interpretação científica pode mostrar à autoridade quão longe está a sua obra de satisfazer a exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas [...] e assim se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.” (KELSEN, 2000, p. 395-396). Claro, tal impasse resulta do que se toma como segurança e como ela se relaciona com o saber científico – vale dizer, a saída para esse impasse não reside na via do controle semântico-interpretativo desejado (e confessadamente não atingido) por Kelsen, mas pela revisão do que se concebe ser ciência.

Por esse motivo é que os argumentos que fundamentam a solução kelseniana para tensão entre democracia e soberania popular na jurisdição constitucional não subsistem ante essa revisão epistemológica. A questão central da jurisdição constitucional não é, de modo algum, um problema de “regularidade” na interpretação das normas jurídicas e, portanto, não está nisso justificada a necessidade de que a imposição de limites constitucionais ao parlamento seja somente a tarefa de um pequeno e seletivo grupo de juristas (KELSEN, 2003, p. 123 e 264-265). Certamente, a

centralização jurisdicional extrema que acompanha hoje a regulação do instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários se almeja ter alguma justificação plausível (aspiração que é no mínimo duvidosa), não pode, ante toda a revisão da *episteme* contemporânea, buscar tal fundamento na necessidade de uma “regularidade” na produção dos sentidos dos direitos fundamentais. Veja que o modelo germânico de controle de constitucionalidade, herdeiro direto da perspectiva kelseniana, incorpora em si a contradição de, sob a intenção de suplantar o positivismo jurídico, abrigar o reingresso dos esforços de controle interpretativo, submetendo-se a premissas em que o sentido de segurança jurídica ignora a complexidade que emerge da revisão epistemológica feita nesse instante que se tem chamado de modernidade reflexiva. Em um dos seus mais destacados (senão o mais destacado) de seus expoentes, Robert Alexy, tal retorno se viabiliza pelo argumento equivocado de que, se “...existem conexões conceptual e normativamente necessárias entre direito e moral” (ALEXY, 2004a, p. 29), a perspectiva do participante da interpretação em um sistema jurídico é definida apenas como a daquele que é institucionalmente autorizado a julgar os conflitos em tal sistema, e somente sob esse ponto de vista (o do julgador) é que se pode definir a participação no ato de interpretar. Nas palavras do próprio Robert Alexy:

La tercera distinción es la que existe entre la perspectiva del observador y la del participante. Esta dicotomía es ambigua. Aquí será utilizada en la siguiente interpretación: adopta la perspectiva del participante quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva del participante se encuentra el juez. Cuando otros participantes, por ejemplo, juristas, abogados o ciudadanos interesados, exponen argumentos en pro o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, entonces, en última instancia, se

refieren a cómo hubiera decidido un juez si hubiera querido decidir correctamente. Adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico. (ALEXY, 2004a, p. 31).

A redução conceitual do escopo de participação na interpretação da norma jurídica terá consequências drásticas para uma sociedade que se pretenda aberta quanto aos intérpretes da norma constitucional. Especialmente porque o mesmo autor, ao insistir na necessidade da recondução do direito a uma norma fundamental pressuposta, afirma que tal norma tem o conteúdo moral de se ocupar da afirmação da justiça (ALEXY, 2004a, p. 115) – o que faz com que os poucos julgadores autorizados a exercer a jurisdição constitucional recebam o papel de enunciar qual o fundamento moral das garantias constitucionais. Eles assim deliberam não apenas sobre o cabimento e descabimento de princípios constitucionais em cada caso, mas também sobre que gradação de alcance e de eficácia que tais garantias devem ter a cada momento. Não é de ser espantar, portanto, que Ingeborg Maus frontalmente aponte que o Tribunal Constitucional Federal alemão assumiu lá a função de tutor moral da sociedade, numa postura comparável ao exercício da autoridade teológica (MAUSS, p. 192). E, de fato, ao menos quando observada a análise que Robert Alexy faz do tratamento dado por aquele tribunal ao famoso “caso Lüth” de 1958, a apropriação axiológica feita pela corte como justificativa de suas conclusões parece – ainda que, por certo, contra a opinião do próprio Alexy - confirmar tal crítica (ALEXY, 2004a, p. 159-160).

O curioso é que tamanho cuidado com a extensão dos que estão autorizados à interpretação da norma constitucional resulta não numa maior certeza normativa. Ao contrário, disso resulta que os princípios fundamentais têm boa parte de sua força

deontológica corroída, sendo vistos como “mandados de otimização” a serem cumpridos na medida do possível. Claro, a extensão de tal possibilidade será, sempre, decisão que emana exclusivamente do Tribunal Constitucional, o qual operará mediante a gradação de incidência de tais princípios, extrapolando em muito a assertiva binária entre o constitucional e o inconstitucional e adentrando (exatamente como faz a argumentação moral) os campos do bom, melhor, pior, tolerável, etc:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas (ALEXY, 2002, p. 86).³²

Todo o cuidado metodológico sobre como estabelecer a ponderação que daria curso a essa otimização (ALEXY, 2004b, p. 32 e seguintes) de pouco servirá como restrição ao livre arbítrio daquele Tribunal, se a ele também cumpre escolher e graduar os pressupostos axiológicos dos quais partirá a argumentação jurídica. Procedendo assim, aquele Tribunal produzirá, de antemão, os resultados que ele mesmo elegeu antes de se debruçar sobre a especificidade circunstancial de cada caso. É desconsiderada a

³² Não é sem razão que Alexy percebe que, ao dar esse tratamento aos princípios constitucionais, as fronteiras entre a formação e a aplicação do direito se tornam mais fluidas, como aponta Klaus Günther em crítica expressa a tal compreensão. Mas Alexy busca superar tal crítica recorrendo a uma compreensão errônea do conceito adequação de Günther. Alexy invoca a possibilidade de não incidência de princípios (sem que disso resulte a sua revogação) como evidência de que o julgador constitucional está autorizado a distinguir de forma menos rigorosa dos discursos de formação e de aplicação do direito (ALEXY, 2000, p. 299), esquecendo-se que a não incidência de princípios somente pode ser admissível ante a especificidade concreta de cada caso e após a total avaliação dessa especificidade. Essa não incidência não deve ser a premissa da qual o processo de aplicação partirá, mas apenas a eventual conclusão de tal processo no caso concreto e para aquele caso. A aplicação da norma jurídica há de tomar a validade deontológica de todos os princípios como simultânea e por seu valor de face, e não por uma ordem de prioridades *prima facie* consoante pretende Robert Alexy (ALEXY, 1988, p. 148).

natureza hermenêutica que faz do mundo da vida uma sucessão de eventos em sentido estrito. Desse modo, o sentido de adequabilidade (*correctness*) que Alexy reconhece como exigência da aplicação do direito toma um viés dependente dos pressupostos que orientam a escolha do julgador (ALEXY, 2008, p. 295). É a leitura e operação puramente axiológica de princípios constitucionais que permite a Alexy concluir que valores e princípios tendam a colidir, e que tal colisão requer balanceamento para ser solvida (ALEXY, 2003a, p. 133). Uma vez mais, a aposta em um método que controle previamente a interpretação é o caminho que, no seu ver, daria racionalidade à jurisdição constitucional em meio à imensa variedade de opções valorativas da qual o julgador poderia partir³³. Nessa perspectiva, a correção do ato de aplicação, se não pode ignorar que particularidades existam nos casos concretos, não está ocupada em os ver (menos ainda em tomá-los como parte central da correção do ato de aplicar o direito a elas), mas apenas cuida de como melhor equilibrar princípios que (precisamente por serem tomados abstratamente) aparentam colidir entre si (ALEXY, 2007, p. 169-170). Nessa medida estaria demonstrado, no seu ver, os motivos pelos quais o Tribunal Constitucional poderá (mais que isso, deverá) indicar, pela jurisdição constitucional, qual o conteúdo axiológico das garantias fundamentais: a argumentação jurídica seria uma forma específica (um caso especial) do campo da argumentação moral (ALEXY, 1999, p. 379).

³³ Alexy chama essa metodologia de “estrutura do balanceamento”. Ao defender a racionalidade de tal método ante a crítica de Habermas, ele termina por confirmar tal crítica, na medida em que busca provar sua racionalidade pela correção formal da notação lógica empregada nele (ALEXY, 2003a, p. 135). Na descrição alexyana, fica reiterado portanto, que sua teoria argumentativa pode bem partir de casos concretos, porém os reduz a notações abstratas no esforço de aplicá-los às demais hipóteses semelhantes e, por tal motivo, perde de vista tanto as condições específicas daquilo que tomou como precedente, como as condições específicas do caso ao qual tal precedente deva ser aplicado. A subsunção e mesmo os pesos atribuíveis no processo de balanceamento são tratados, naquela teoria da argumentação, igualmente como notações que partem de hipóteses concretas apenas para abstraí-las (ALEXY, 2003b, p. 433 e 442-443), e não para considerá-las na especificidade hermenêutica (a rigor irrepetível) que as marca (GADAMER, 1999, p. 482-483).

Em decorrência dessa verdadeira indistinção prática entre direito e moral, Alexy somente pode conceber a especificidade dos casos como prova da impossibilidade da existência de uma só resposta correta a cada um deles. Tanto que, ao tratar do tema, afirma que a única resposta correta a cada caso somente poderia ser obtida sob as condições ideais de tempo, informação, clareza linguística, ausência de prejuízos e capacidade e disposição para que uma parte compreenda a posição da outra (ALEXY, 1988, p. 151) . Esse campo ideal, em sua própria descrição, revela que, uma vez mais, a racionalidade que empolga a teoria argumentativa alexyana vincula certeza ao geral e ao absoluto, olvidando que a perspectiva da hermenêutica filosófica acresce ao debate a mitigação dessas pretensões para circunscrever a correção à possibilidade de seu atingimento apenas caso a caso – isso é, unicamente ante um determinado quadro específico e, a rigor, apenas para aquele evento.

Aqui o desenho institucional dado à repercussão geral dos recursos extraordinários deve enfrentar diretamente a indagação seguinte: se são visíveis os excessos de racionalidade da teoria da argumentação em seus esforços de, pela via do método, produzir respostas prévias que dispensem uma hermenêutica efetivamente intramundana no ato de julgar, como o julgamento emanado da corte mais alta pode impactar a produção dos sentidos para além da hipótese específica examinada? Em outras palavras, face à especificidade inevitável do casos postos ante o julgador (especificidade que exige dele uma aplicação completamente imersa nas tensões, dores e na violência de cada conflito), que possibilidades constitucionalmente adequadas ao Estado Democrático de Direito podem ser pensadas para a repercussão geral dos recursos extraordinários? Dito de outra forma, que discurso de aplicação de normas jurídicas permite a abertura dos espaços necessários para que uma multiplicidade de

princípios constitucionais tenha sua incidência aferida segundo a adequação a cada caso concreto?³⁴

A investigação dessas possibilidades é o que nos conduzirá à observação de uma das experiências mais ricas – senão a mais rica - de seletividade no exercício da jurisdição pela corte mais elevada, em ambiente de tradição fortemente marcada pelo controle de constitucionalidade difuso, qual seja, a experiência norte-americana. Posteriormente, ela nos trará de volta ao discurso que tem marcado o exercício concreto dessa seletividade pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, antes que esses caminhos sejam tomados, é necessário apontar a mais importante chave de leitura para as possibilidades a serem investigadas. Tal chave é a valorização do específico no processo de compreensão.

Essa valorização pode ser abordada a partir do desfazimento de um equívoco comum: a noção de que compreender signifique a “apreensão” de sentidos que estão no “interior” dos signos linguísticos. A contribuição central do giro linguístico-pragmático empreendido por Ludwig Wittgenstein em seu pensamento foi de que sentidos não são ontológicos, mas sim o resultados de práticas sociais. Isto é, são construídos de forma pragmática (no mais das vezes, de forma tácita) e não “extraídos” dos signos (WITTGENSTEIN, 1986, p. 4 e 6). Sob a ótica da hermenêutica filosófica, tal processo de compreensão estabelece sentidos pelo manejo de relações de semelhança e de distinção entre as possibilidades presentes em um ou mais signos, num processo seletivo em que metáforas cumprem papel essencial na justificação de significados criados e na recombinação desses significados em horizontes de sentido ainda não pensados

³⁴ Veja-se Klaus Günther, 2004, p. 396. Sobre a necessária distinção entre a argumentação valorativa presente na formação do direito e a argumentação principiológica de adequação, cf. p. 367-368.

(RICOEUR, 2000, p. 275 e 277). A operação seletiva descrita acima permite que seja trilhado um caminho bastante rico na investigação em que se centra o próximo capítulo do presente texto, eis que um dos instrumentos para a compreensão da formação da memória dos sentidos das garantias fundamentais (e a importância e repercussões de tal processo) é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Por ora, contudo, basta reiterar que tal processo permite que a enunciação de precedentes judiciais atuem de modo semelhante a arquétipos linguísticos, viabilizando sua operação como nortes interpretativos, cuja produção de sentidos também venha a emergir de analogias devidamente justificadas (RICOEUR, 2000, p. 366-367), mas que, ao fim e ao cabo, somente podem apontar para “verdades” marcadas pela precariedade do papel da razão na modernidade. Ricoeur as chama de verdades metafóricas e que se opõem à ingenuidade de uma veemência ontológica quanto ao uso da linguagem (RICOEUR, 2000, p. 379).

É apenas na indispensável articulação dessas especificidades referidas aos argumentos de aplicação do direito que Dworkin pode afirmar que, a rigor, o ato de julgar não é discricionário, mas apenas a densificação de uma política ou um princípio a um caso concreto, e que tal densificação já foi prevista implicitamente na norma abstrata – isso é, em suas palavras: “Situações em que estão em jogo princípios ou políticas antagônicas não evidenciam inconsistências, mas já são contempladas no arranjo institucional. Elas não requerem uma solução emergencial que se situe fora dos limites do jogo: a solução é *parte* do jogo.” (DWORKIN, 1963, p. 632, tradução livre).

Tal abordagem permite uma crítica ao centro da racionalidade aplicada no desenho institucional dado ao instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários. Aquele desenho continua a abrigar, como premissa, a noção de que a

oposição de princípios constitucionais sejam defeitos do arranjo constitucional, ainda que defeitos inevitáveis pelos limites políticos e humanos dos que são encarregados de redigir tal desenho. Portanto, nessa linha de raciocínio, cumpriria à jurisdição retificar tais equívocos pela opção que restrinja o menos possível o curso de um ou de outro princípio. Mas, ao contrário, se uma racionalidade mais complexa permite entrever que nenhuma norma abstrata pode abrigar a pretensão de absoluta clareza e tampouco regular as condições de sua própria aplicação, torna-se então perceptível que a oposição de princípios está presente como parte integrante do arranjo constitucional. Na terminologia habermasiana, são (vistos como expressão de autonomia pública ou de autonomia privada) mutuamente dependentes e cooriginários (HABERMAS, 1999 p. 940), o que reforça a conclusão de Dworkin de que “La libertad y la igualdad, debidamente entendidas como protectoras de los principios del individualismo ético, no son ideales que entran en conflicto” (DWORKIN, 2005, p. 69), não sendo admissível sacrifícios de liberdade em prol de igualdade e tampouco vice-versa (DWORKIN, 2001, p. 259).

Em suma, a mais importante crítica aos excessos quanto ao papel da razão que marcam o presente desenho institucional do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários é a que se volta contra a pretensão de que tal instrumento gere *standards* de aplicação do direito que emprestem prévia correção ao ato de julgar, solvendo asséptica e metodologicamente o drama da adequação da norma a caso. Tal pretensão ignora que, ao se produzir um texto sobre o sentido de direitos, o qual se pretende fazer incidir a situações outras, exige-se de tal texto grau mínimo de abstração que faz surgir novamente a indagação sobre as condições concretas de sua aplicação. O problema da aplicação portanto não é resolvido dessa forma – ao contrário, ele é

aumentado, uma vez que a sua edição dará ensejo até mesmo a pretensões abusivas de sua aplicação, jamais pensadas e jamais intentadas antes que ele viesse a ser editado pelo Supremo Tribunal Federal. Quando menos, o próprio tribunal, ao editá-lo, marca um encontro futuro com as consequências da tessitura incontrolavelmente aberta da linguagem na qual ele foi escrito. É bastante pertinente atentar aqui para a advertência de Carvalho Netto:

A dimensão dos aplicadores é fundamental. E por que é fundamental? Porque o trabalho do Legislativo, ao produzir normas gerais abstratas, é da maior relevância, mas, na verdade, não esgota o trabalho do Direito, é apenas o início dele. O problema é que as pessoas não são gerais e as situações não são abstratas. É o mesmo problema evidenciado pela corrente pós-moderna na arquitetura. A arquitetura moderna é linda, monumentos erguidos à humanidade, pena que gente concreta tenha que viver ali. Quem já residiu ou trabalhou em um prédio moderno sabe disso na própria pele – ele é extremamente quente durante o dia e frio à noite. É uma obra para a humanidade.

O Direito também foi feito para a humanidade, que obviamente não toma café com ninguém, não sente frio, por definição. Uma das características pós-modernas é esta: o Direito é feito para nós, pessoas concretas que vivemos relações sempre complexas e intrincadas. Só um juiz, um homem, pode fazer essa mediação da lei válida, que passou pelo crivo da universalidade de sua aceitação em tese para a questão concreta de sua aplicação, pois essa atividade requer um juízo de adequabilidade acerca da norma geral e abstrata efetivamente apta a reger aquela situação concreta, específica em sua unicidade, sem produzir resíduos de injustiça. (CARVALHO NETTO, 2008, p. 33).

É nessa intermediação indispensável em cada caso concreto – que lastimavelmente o desenho institucional do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários pretende dispensar – que residem as possibilidades mais sólidas

de atendimento tanto da certeza do direito (afirmação da validade geral e abstrata da norma, como conquista moderna indispensável) como o sentimento de um constitucionalismo justo e legítimo (CARVALHO NETTO, 1998, p. 243). É necessário portanto buscar possibilidades adequadas para o exercício de jurisdição por cortes que, dada sua posição extraordinária no sistema judiciário, requerem funcionalmente um elevado grau de restrição nos casos postos sob seu crivo. O próximo capítulo dessa pesquisa será dedicado a uma possibilidade nessa busca: à investigação de como a seletividade na admissão de casos pela corte mais elevada permitiu momentos de forte legitimidade no exercício da mais antiga das tradições de controle constitucional pela via difusa, qual seja, a tradição construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Capítulo 2

Memória e legitimidade discursiva na jurisdição sobre direitos fundamentais: seletividade e reflexões sobre a experiência da Suprema Corte dos EUA.

A relevância da especificidade dos casos concretos, tematizada no capítulo anterior, dá sequência às investigações feitas nessa pesquisa levantando duas outras questões: a) se, e como, a seletividade no exame de casos pela corte suprema possui papel relevante para a formação de uma memória mais clara e mais facilmente ativável em torno do sentido que o sistema judiciário atribui ao par conceitual liberdade/igualdade e às tensões que tal par traz consigo, e b) se tal seletividade permite uma maior responsabilização da corte por sua pauta e maior legitimidade de sua atuação no debate público da qual ela é parte.

Tratar do papel dessa seletividade na formação de parte de uma memória dos sentidos atribuídos a direitos e garantias fundamentais requer atentar a como se relacionam o princípio discursivo e tal seletividade no curso da narrativa judicial. É cuidar, em outras palavras, da relação entre hermenêutica e ativação da memória³⁵.

Compreendendo, pois, a importância na presente pesquisa de diferenciar-se o mero casuísmo de uma análise específica de cada caso concreto – isso é, a necessidade de se tomar cada caso como um evento, no sentido hermenêutico da expressão – torna-se

³⁵ O uso das ferramentas teóricas associadas aqui – hermenêutica filosófica, teoria discursiva e teoria sistêmica – não representa um esforço de compatibilização de teorias tão distintas em seus pontos de observação. Apenas significa constatar que, respeitadas tais diferenças, a análise que se pretende do objeto da pesquisa beneficia-se da relação de complementaridade entre tais instrumentos teóricos. Tal complementaridade é produtiva precisamente porque expressa uma tensão entre fundamentos adotados por cada uma delas, na medida em que esses fundamentos se deslocam reciprocamente. A título de exemplo, e especificamente quanto à relação complementar entre hermenêutica filosófica e teoria discursiva, cf. Cameron, 1997, p. 166.

viável examinar de modo comparativo a mais antiga tradição a associar um controle de constitucionalidade pela via difusa a uma imensa seletividade na apreciação dos casos pela corte suprema, expressa na tradição norte-americana.

Não se trata da busca de um modelo a ser importado, mas da busca de indícios sobre que papel uma seletividade aguda exercida pela corte suprema na construção de sua pauta possui na (re)construção do horizonte de compreensão sobre os direitos fundamentais de uma comunidade política, tanto nos momentos em que expressamente fala sobre um determinado tópico, como nos momentos em que se recusa a conhecer dele. Portanto, não se busca o debate entre métodos ou modelos, mas sim entrever como a experiência de uma seletividade processual quase absoluta pôde paradoxalmente conviver (e ser parte) da produção de uma legitimidade inegável na observação diacrônica dos discursos produzidos pela corte. Uma busca que não pretende apontar para uma importação de modelos, mas apenas tematizar concepções prévias nas quais se assentam nossa própria compreensão em torno do papel da corte mais alta.

Justifica-se também por esse motivo a aplicação do conceito de direito como integridade, porquanto tal leitura é fortemente (porém não de modo exclusivo) extraída da experiência havida nos Estados Unidos da América. A partir daquele contexto, a noção do direito como integridade se volta para a repercussão interpretativa estabelecida tanto pelo falar quanto pelo calar (eloquentes) da Suprema Corte, assumindo o correto pressuposto de que, ao não conhecer de uma determinada questão, a corte ratifica a interpretação que prevaleceu naquele caso até então. No ver de Ronald Dworkin, a tradição jurisdicional da Suprema Corte norte-americana pode ser avaliada como extremamente respeitável, porquanto uma de suas grandes contribuições para o constitucionalismo é a noção de um *judicial review* no qual convivem tanto os riscos

quanto as possibilidades da reafirmação da democracia pelo direito (DWORKIN, 2006b, p. 139).

Dessa forma, a análise feita nesse capítulo possui dois eixos: a relação entre a construção diacrônica de sentidos e o processo seletivo envolvido nessa construção, e em que sentido se pode observar tal seletividade na corte norte-americana, não sob um ponto de vista puramente formal das suas balizas de procedimento, mas sim indagando-se que papel essa seletividade tem na legitimação da produção de sentidos dados por aquela corte às garantias fundamentais.

2.1. O vínculo entre narrativa e tempo na aplicação do direito.

Para a análise pretendida aqui é necessário tomar mais a fundo a relação complexa entre o tempo do direito e os demais tempos sociais, particularmente no que tange ao que se possa observar da influência judicial no processo de construção de uma semântica e de uma sintaxe (práxis) dos direitos fundamentais, que em essência não difere da trajetória conceitual dos sentidos na formação de mentalidades que constituem uma memória (especificamente, no caso em questão, uma memória jurídica). Essa abordagem permite um maior respeito para a complexidade das relações e dos problemas tratados nessa pesquisa, porquanto “...ao revelar de forma reversa as imagens de um progresso linear (espontaneidade, resistência ao conformismo, aceitação pronta do acaso) os historiadores das mentalidades apontam os paradoxos do processo civilizatório”. (HUTTON, 1981, p.258).

No primeiro eixo mencionado, parte-se da indagação sobre o que vincula a relação entre tempo e discurso. Se a física contemporânea indica que o que apreendemos

como realidade ocorre, a rigor, como ocorrência incontrollável e imprevisível de uma entre muitas realidades possíveis, tanto o tempo pode ser visto em si como uma possibilidade dentre muitas, como a própria realidade pode ser compreendida como texto sobre o qual lançamos significados (VAN FRAASEN, 1991, p. 29-30). Por tal motivo, tanto o real quanto o ficcional são passíveis de uma mesma forma de cognição (a narrativa)³⁶, o que determina mais do que somente uma sabida indeterminação do “real”, mas – esse é o ponto de maior relevo para os fins invocados aqui – que o que chamamos por “ordem cronológica” é, ela mesma, um enunciado que é fruto de interpretação e que se abre a novas interpretações. Sob uma perspectiva diacrônica, eventos (no sentido hermenêutico-filosófico da expressão) não estão nunca necessariamente conectados, mas podem (se tanto) ser conectáveis (VAN FRAASEN, 1991, p. 33). Buscar relações de causa e efeito no transcurso temporal das narrativas sobre nossos sentidos sociais, com um fio de aço unificador de nossas experiências e trajetórias é abrigar uma pretensão que, desde sua formulação, é irracional por não compreender a multiplicidade como constitutiva dessas narrativas, em particular daquelas que se debruçam sobre momentos que elegem como fundamentais para quaisquer fins (CASTORIADIS, 1991, p. 64).

Essa multiplicidade não retira a função de marcos narrativos de uma experiência social, apenas requer que tal função seja compreendida com as cautelas e riscos que lhe são inerentes, despidendo-lhe de pretensões unificadoras absolutas. O papel de estabilização que estruturas narrativas cumprem em um sentido social mais amplo da

³⁶ Essa relação entre o histórico e o ficcional não despreza, é claro, que há entre ambos também diferenças efetivas. O que se afirma, apenas, é que ambos são mediados – e experimentados, portanto – apenas como linguagem que discursivamente nos constitui. Sobre essa relação e essa diferença, cf. Paul Ricoeur, 1990b, p. 180-186.

experiência de um grupo humano deve portanto ser compreendido com os limites que o substantivo “estabilidade” pode racionalmente invocar para si:

“Estabelecer uma sequência de rotinas diárias de interações sociais requer categorias que são expressamente temporais (tais como calendários) ou que definem começos e fins através de formas temporais indiretas. Essas categorias fazem a mediação entre as estruturas institucionais de interação temporal de pequena escala que, ao menos em princípio, podem ser negociadas interssubjetivamente (embora não o sejam de fato na maioria das vezes) e estruturas institucionais de interação temporal de grande escala que são socialmente tomadas como “objetivas” por força de um grau elevado de anonimidade e cuja jurisdição transcende o lapso de uma vida individualmente considerada. Essas categorias sociais de tempo servem para estabilizar o reconhecimento de começos, de durações e dos finais de experiências e interações típicas. Elas são historicamente variáveis, porém, presumivelmente, seus limites são estabelecidos pelo alcance da consciência humana de um lado e, do outro lado, pelas exigências básicas da organização social em questão” (LUCKMANN, 1991, p. 160, tradução livre).

Há um inegável papel para a corte mais alta, vista como uma estrutura institucional mediadora de sentidos em larga escala, nessa estabilização. Mas como uma estabilização se dá em quando o objeto dela é enunciar o que nunca deixa de ser móvel, isso é, a narrativa dos significados atribuídos às experiências sociais de um grupo? A resposta não poderá se dissociar do que Dominck Lacapra denomina de temporalidade da retórica, que representa bem mais que a simples constatação de que narrativas são temporalmente inseridas, mas também que sua repetições já trazem em si uma mudança e não uma reprodução. Mudanças tão expressivas – e por vezes tão radicais – nas quais sentidos antes reprimidos irrompem com violência (LACAPRA, 1991, p. 147). Essa

mediação institucional não poderá pretender soluções *a priori* para questões envolvendo o sentido de princípios e garantias constitucionais fundamentais, porquanto a instituição mediadora, a despeito de sua relevância, não pode vencer a imprevisibilidade e a ausência de causalidade direta entre seu discurso e a experiência que ele produzirá (RICOEUR, 1990a, p. 175). Não obstante, e de forma paradoxal, um tratamento simplista de nossa relação com o tempo conduz à concepção errônea de uma historicidade que toma o passado com suficiente em si, renunciando à reflexão sobre o futuro (RICOEUR, 1990b, p. 73).

Mas se nossa temporalidade é apenas a soma descontínua de instantes (BACHELARD, 2007, p. 18), a consideração do futuro, tanto quanto a dúvida sobre o passado³⁷, representam, em verdade, a crítica ao presente, o que demonstra por qual motivo não há que se renunciar a ela. Ao tempo em que a presente pesquisa é feita, a compreensão normativa e institucional que o Supremo Tribunal Federal adota para a repercussão geral dos recursos extraordinários pretende ser bem mais que a fotografia de um instante, ela quer esgotar um passado e, sob o tema pretensamente esgotado, põe-se como solução futura apriorística. Desse modo, esmaece a possibilidade de sua adequação ao presente. As categorias temporais que comumente são associadas à descrição dos efeitos temporais de decisões judiciais (declaratórias, constitutivas,

³⁷ Cuidando da relação delicada e intensa entre a jurisdição e a memória de um passado, Inga Markovits, tendo diante de si a articulação do discurso jurídico na Alemanha durante o período da reunificação, aponta: “...Todos nós admitimos que a história é escrita pelos vencedores. E, não obstante nossa aceitação cínica desse fato, achamos difícil desacreditar nas histórias contadas pelos vitoriosos. Eu mesma, escrevendo esse artigo, sinto-me compelida a deixar evidente, por todo o texto, que eu também estou convencida dos males do socialismo. Como não poderia estar? Nós compartilhamos os mesmos hábitos culturais e crenças, a mesma retórica, a mesma memória coletiva. Demonstrando como parte dessas memórias são produzidas, eu tentei jogar um pouco de areia sobre os mecanismos bem lubrificadas dos processos de nossas lembranças públicas, um punhado de dúvida, uma medida de desconfiança. Ficarei feliz se essa obstrução der resultados. A maior parte das acusações dos vitoriosos pode ser verdadeira. Mas se queremos entender o passado, devemos também olhar para as histórias excluídas da lembrança.” (MARKOVITS, 2001, p. 558, tradução livre).

desconstitutivas)³⁸ tendem a naturalizar a assunção de um tempo linear e contínuo pelo aplicador do direito, sem a percepção de que declarar é constituir e que o ato de constituir, por sua vez, está encapsulado no paradoxo de invocar para si, desde o início, a força vinculante que tem como fundamento aquilo somente se perfaz ao final desse ato (DERRIDA, 2002, p. 46-47)³⁹.

Esse paradoxo, que é tanto fundante quanto constitutivo do direito, leva à consideração de que uma estabilidade diacrônica na interpretação das normas (a segurança jurídica inspira uma parte relevante do desenho dado legislativamente e regimentalmente ao instrumento da repercussão geral, como apontado no capítulo anterior) só pode ser tomada como uma abertura inerente ao que se apresenta como texto - e, a rigor, todas as práticas sociais o são, na medida em que é possível tomar a sociedade como a expressão simbolicamente estruturada (isso é, linguisticamente mediada) do mundo da vida (HABERMAS, 1998b p. 247-248)⁴⁰. A transformação da linguagem é mais do que um indicativo ou um espelho de um processo de mudança das práticas sociais, ela é em si mesma tal mudança (POCOCK, 1971, p. 14), motivo por que não apenas a experiência do direito pode ser narrada, mas ele próprio é em si uma narrativa, a despeito de, de forma curiosa e significativa, a formação jurídica em geral ser bem mais afeta a enfrentar o direito de forma analítica do que narrativa (OST, 2005, p. 41).

³⁸ Apenas de forma exemplificativa, cf Humberto Theodoro Junior, 2009, p. 515, e Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, 2006, p. 322-326.

³⁹ O argumento utilizado aqui por Derrida é a um só tempo conciso e denso: a leitura de um documento fundante do ponto de vista da história político-constitucional dos Estados Unidos da América (a Declaração de Independência) permite ver que seu início declara como fundamento de sua autoridade constitutiva a autonomia da vontade de um povo cuja existência como tal se perfaz ao término do próprio documento.

⁴⁰ Não apenas o conteúdo semântico dos direitos é uma construção discursiva, mas o próprio sentido da categoria “direitos” também o é, como aponta Richard Dagger (1995, p. 292-293).

A relação estreita entre a seletividade semântica no processo formador de sentidos jurídicos e o tempo do direito pode ser resumida em quatro operações fundamentais: ligar e desligar o passado, ligar e desligar o futuro. Embora François Ost atribua o nome de “memória” apenas ao ato de ligar o passado (OST, 1999, p. 51-52)⁴¹, a natureza transversal como essa memória se projeta semanticamente demonstra que essa seletividade também desliga o passado, e igualmente se projeta para o futuro. Ainda que a atribuição de relevância jurídica a precedentes possa sinalizar aparentemente que o passado governa o presente, uma análise aprofundada das permanências e mudanças semânticas no discurso jurídico revela que o direito é tanto objeto quanto sujeito de sua própria história (SARAT, KEARNS, 2005, p. 3-4).

Cuida-se aqui de um vínculo entre a narração do direito e o tempo, vínculo esse que, mediante o uso de seletividade, permite que os referenciais semânticos das categorias jurídicas sejam observados diacronicamente e, por isso também, viabiliza que, ao menos em tese, eles sejam ativados a qualquer instante⁴². Cuida-se, é claro, de um liame que tanto constitui linguisticamente o acesso⁴³ a uma forma de vida, como também

⁴¹Essa restrição terminológica é o que provavelmente conduziu François Ost a um equívoco parcial na advertência crítica que faz quanto ao uso dos precedentes judiciais: “Prosseguindo a nossa exploração dos domínios da ordem jurídica marcados pelo tempo da memória, não poderíamos deixar de abordar três fontes jurídicas mais directamente ligadas ao passado: a tradição, o costume e os precedentes judiciais. Nos três casos, a solução jurídica é mais herdada do que fabricada, ela brota do passado e não do presente, o seu título de legitimidade vem-lhe mais de sua antiguidade e constância de transmissão do que de sua racionalidade intrínseca ou de sua utilidade social. Contudo, teremos de falar neles como máquinas de remontar no tempo, não no sentido banal de uma projecção no passado, mas antes como dispositivos que servem *para reconstruir* ('remontar') um passado *a partir do presente* e de suas questões. Por outras palavras, será novamente uma questão de memória criadora e selectiva, bem como de tradição e passado 'recompostos'” (OST, 1999, p. 104, itálicos constantes do original). O equívoco parcial reside no fato de que, a rigor, toda a ativação do passado é uma “presentificação” dele. O uso de precedentes pode até pretender justificar-se como a reiteração de uma solução já disponível no passado, mas ele jamais deixa de ser um processo presente, contingencial, e cujo resultado não decorre de uma mera relação de causa/efeito prévia, mas de uma seletividade aplicada pelo intérprete de um texto normativo.

⁴²Essa mediação não opera somente como uma aproximação do passado, podendo ser utilizada igualmente para a construção de uma distância maior ainda entre o presente e a narrativa de um passado. A advertência nesse sentido é de Ginzburg (2004, p. 110) e, embora voltada ao uso historiográfico da memória, não deixa de ser aplicável à narrativa do direito sobre o sentido das normas.

⁴³Ante as considerações do capítulo anterior quanto às pretensões excessivas feitas em torno da linguagem – excessos de uma racionalidade que, por esse motivo, faz-se irracional – compreende-se o acesso a uma forma de vida como envolto em todos os limites, fragilidades e precariedades insitas ao uso da linguagem, em particular no que

é por essa forma constituído (RICOEUR, 1999, p.183). Tendo a retórica como exemplo (nesse sentido, indistinta, como processo discursivo, da argumentação jurídica) Bretonne pontua que:

Em certo sentido, a memória é para o orador “a irmã gêmea da escritura” [...] Não obstante, a memória não serve apenas para recordar o discurso já elaborado, em seus elementos e em seus nexos verbais e de conteúdo; não é apenas o “o cofre das ideias fornecidas pela invenção” e o “depósito de todas as partes da retórica”, infiltra-se, por assim dizer, em todo o organismo oratório, acompanha o movimento do começo ao fim. (BRETONE, 2000, p. 28, tradução livre).

Por certo que, como também Bretonne observa, o jurista não fará um uso puramente retórico da memória – até mesmo em função da tarefa específica que lhe cabe no âmbito de uma ciência social aplicada – contudo, ele “...também deve ajustar contas, de vez em quando, com um patrimônio de experiência que só uma memória perspicaz é capaz de dominar” (BRETONE, 2000, p. 29). Sob a perspectiva hermenêutico-filosófica, esse ajuste de contas representa o mover-se do intérprete naquele horizonte de sentidos (tradição) que lhe é prévio e que, não obstante, é reconstruído a cada interpretação enunciada, em uma operação recorrente de presentificação do passado. Essa tradição, ao pretender nulificar a distância temporal entre o texto e o seu intérprete (BRETONE, 2000, p.173), torna-se um fio que, analisado de modo adequado, permite a crítica dos processos de construção de significados.

Esse é o argumento que indica a extrema relevância da seletividade aplicada nos procedimentos de uma corte suprema para a análise dos casos que lhe são submetidos.

tange à perspectiva diacrônica da narrativa.

Há nesses procedimentos um jogo: a ativação-desativação da semântica de direitos fundamentais. Ao articular as diferenças e as relações entre direito e política (LUHMANN, 1990, p. 36), o debate constitucional (por certo não restrito à corte suprema, mas no qual ela interfere de modo intenso) é propício a uma “cultura argumentativa”. Por sua vez, essa última reforça a importância da observação das implicações diacrônicas das trajetórias semânticas na narrativa do direito, em especial face ao que o giro linguístico descortina quanto às relações entre linguagem e poder. Nos termos em que a teoria dos sistemas se expressa,

O direito constrói para si uma realidade com a ajuda da função da memória. É esta a realidade de suas operações. (...) Na simultaneidade das operações, o tempo retorna no tempo e o sistema de direito se acomoda sempre no presente. Neste presente, a inobservável latência de todas as observações de observações se movimenta. Neste presente, que é o tempo da memória, está em construção a aquisição evolutiva que desenvolve o paradoxo constitutivo da autofundamentação do direito. (DE GIORGI, 2006, p. 67)

Vista como o vínculo entre o tempo e a produção de sentidos, essa memória é igualmente a expressão de uma verdadeira batalha semântica, um “campo de conflitos” na expressão adequada que Beatriz Sarlo emprega para aquilo que ela qualifica de “outros usos públicos” da memória (SARLO, 2007, p. 19-20), mas que pode ser de modo igual aplicada ao uso jurídico dela. Portanto, os filtros de seleção de uma corte suprema desempenham um papel de grande importância nessa disputa pelo *logos*. O instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários, no desenho procedimental que foi exposto no capítulo anterior dessa pesquisa, assume de modo expresso o pressuposto de que sua força vinculante coletiva deve atuar como um limite à

interpretação individual. Mas a ativação individual desses limites é, por sua vez, também sujeita às particularidades da posição do indivíduo que se depara com esse sentidos estabelecidos previamente em combinações tão complexas quanto incontrolláveis e tornando impossível manter-se uma relação estrita de causa e efeito no resultado produzido. Essa tensão entre os significados compartilhados coletivamente e os produzidos individualmente é pontuada por Maurice Halbwachs como advertência de que, mesmo que se invoque um horizonte diacrônico de sentidos compartilhados como uma memória coletiva, não é possível pretender uma relação direta de causa e efeito entre ela e a forma como sentidos serão apropriados individualmente (HALBWACHS, 2004, p. 55-56)⁴⁴.

Deve-se ter o cuidado de não se tomar esse referencial de sentidos, para os fins da presente pesquisa, como o que Halbwachs chama de “memória coletiva”. Não se quer distingui-lo do processo histórico-narrativo, nem se quer presumir a existência de um “inconsciente coletivo imemorial”. Até porque, como esse mesmo autor nota, o limite da própria narrativa histórica é também sua condição de possibilidade, qual seja, o fato de que o passado nos é disponibilizado apenas sob um olhar presentificado, com toda a carga interpretativa e semântica que se possuiu apenas hoje, e que não era acessível no passado que se pretende “resgatar” (HALBWACHS, 2004, p. 86).

De outra parte, contudo, esse referencial de sentidos é profundamente rico. Em termos de um conhecimento não deontológico sobre nossa temporalidade, ele é a tensão entre experiência e expectativa que suscitam novas soluções, abrindo o espaço da

⁴⁴ Sob a perspectiva antropológica, há uma outra tensão ainda mais basilar, na relação entre a aplicação do direito e o tempo. Trata-se do vínculo entre um sentido comum de aceitação social dos atos de aplicação das normas jurídicas e a simbologia dos ritos presentes nessa aplicação. Tais ritos buscam, na afirmação de Leroi-Gourhan, “...conferir ao facto jurídico o peso temporal necessário para arrastar o justicável para a segurança de uma obrigação socialmente vital” (LEROI-GOURHAN, 2002, p. 171). Um paradoxo, portanto: a decisão sobre o sentido de normas jurídicas envolve a ativação de uma memória e simbolicamente invoca para si uma autoridade imemorial.

experiência para o futuro - abertura que é igualmente indispensável ao direito na modernidade⁴⁵ – e mergulhando profundamente em toda a caótica vivência humana das possibilidades realizadas e das que falharam (KOSELLECK, 2006, p. 312-313), na atividade que Jelin denomina de o afazer de agentes sociais que buscam “materializar” os sentidos do passado nos diversos discursos de uma cultura (JELIN, 2010, p. 17).

Se essa causalidade direta não é possível, de outra parte é possível conceber que, mesmo de forma não intencional, a superposição das narrativas jurídicas, tomadas em sua forma mais comum (a escrita) produz rastros que, precisamente por sua natureza não intencional, não possuem um registro linguístico claro ou coerente. A análise de rastros de uma narrativa é comparável à tarefa de um arqueólogo, no qual a investigação “sobre o passado” não é a recuperação de fatos anteriores para o tempo presente, mas sim o exame cauteloso de indícios – não mais do que indícios – que apontem para o processo que envolveu tal narrativa (GAGNEBIN, 2006, p. 113).

A forma como se pode aproximar da superposição diacrônica dos discursos de aplicação do direito deverá respeitar esses dois alertas. Diante de qualquer repositório das narrativas sobre os sentidos das normas jurídicas não é racional abrigar as pretensões de vinculação das interpretações a serem feitas nas situações futuras. É igualmente irracional pretender uma coerência diacrônica dessas narrativas, ou que a recuperação de seus registros textuais⁴⁶ possa trazer um sentido preciso quando ao seu significado passado. Ambas as pretensões, contudo, são visíveis ante o desenho adotado em lei ao se regulamentar a repercussão geral dos recursos extraordinários.

⁴⁵ Koselleck demonstra que o nascimento da modernidade como tempo histórico desencadeou uma assimetria entre expectativa e experiência, em um contexto de transformações que percebiam essa assimetria como progresso sob a forma de “tempos modernos” (KOSELLECK, 2006, p. 327).

⁴⁶ Tomando-se o vocábulo “texto” na amplitude de seu sentido hermenêutico-filosófico, isso é, não restrita apenas à linguagem escrita, porém abarcando toda a experiência humana como linguagem (GADAMER, 1999, p. 621).

Observe-se o parágrafo quinto do artigo 543-A, e os parágrafos primeiro a quarto do artigo 543-B, ambos do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.418, de 19 de dezembro 2006⁴⁷, que expressamente preveem que as decisões tomadas pela corte no exame da repercussão geral de recursos extraordinários, a despeito de obviamente fundadas em casos específicos, gerarão uma aplicação “imediata” ou “liminar” em casos outros tomados como idênticos. Sob o ponto de vista da articulação tratada nesse capítulo – entre o tempo e a interpretação do direito – dois obstáculos importantes a tais normas podem ser constatados. Em primeiro lugar, porque elas tomam o agrupamento de textos produzidos pela corte ao longo do tempo como revelador unívoco de sentidos e, em segundo lugar, porque desconsideram a tensão tipicamente hermenêutica já referida entre os referenciais semânticos que são dados como compartilhados ou “coletivos”, e o ato individualizado de atribuição de sentido na aplicação do direito.

Essa relação entre o que se pode denominar de uma memória coletiva e outra individual pode ser produtivamente tratada, portanto, como tensão nos termos mencionados anteriormente. Todavia, como resultado da assunção, pelas ciências sociais, de modelos epistemológicos vinculados a uma objetividade a rigor já abandonada até pelas ciências lógico-matemáticas e da natureza, é bem mais comum que

⁴⁷ Art. 543-A. ...

...

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

...

Art. 543-B. ...

...

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.” (BRASIL, 2007).

essa relação seja tratada como mutuamente excludente: ou o recurso a uma memória coletiva (passível de objetivação, nessa linha de raciocínio), ou a perpétua instabilidade de uma memória inteiramente entregue à subjetividade daquele que a ativa. Em tal perspectiva, os horizontes coletivo e individual de produção de sentidos são tornados alheios um a outro, tornando necessário ao que investiga a relação entre a historiografia e a fenomenologia da memória examinar os discursos internos de ambos para compreender os pressupostos dessa exclusão e lançar pontes entre eles (RICOEUR, 2007, p. 107). Essas pontes expressam a possibilidade de uma crítica sólida à tradição⁴⁸, e por esse motivo são extremamente necessárias, eis que uma tradição invoca sempre para si a sua transmissibilidade, fazendo de sua reprodução a sua prioridade mais alta⁴⁹. Metaforicamente, essas pontes são o caminho tomado por aquele que analisa uma mentalidade sob a perspectiva temporal ao se reencontrar com a ideologia, essa última agora bem mais refinada pelos cuidados tomados ante esse objeto frágil que é o passado (VOVELLE, 2004, p. 19).

Não é de se espantar que o desenho procedimental dado ao tratamento da repercussão geral dos recursos extraordinários não leve em conta de modo mais aprofundado a especificidade que emana de cada experiência singular. Como aponta Giorgio Agamben, a modernidade invocou como um de seus pressupostos uma clivagem entre ciência e experiência, gerando como subproduto situações nas quais

⁴⁸ Nesse ponto específico, a análise crítica da relação entre tempo e interpretação da norma se identifica com a crítica à reprodução social produzida no processo de decisão sobre o sentido de direitos fundamentais. Tal análise realimenta a percepção do debate constitucional como uma cultura argumentativa que revela o estreito vínculo entre práticas sociais e normas jurídicas (BRANDWEIN, 1999, p. 195 e 202)

⁴⁹ Agamben (1999, p. 104) nota, a propósito, que há até mesmo um vínculo semântico entre tradição e transmissão (mediante o vocábulo latino “tradere”).

[Como] a experiência tem seu necessário correlato não no conhecimento, mas na autoridade, ou seja, na palavra e no conto, e hoje ninguém mais parece dispor de autoridade suficiente para garantir uma experiência, e se dela dispõe, nem ao menos aflora a ideia de fundamentar em uma experiência a própria autoridade. Ao contrário, o que caracteriza o tempo presente é que toda autoridade tem seu fundamento no “inexperienciável”... (AGAMBEN, 2005, p. 23).

Não se trata de negar que existam experiências, mas sim de um olhar tão objetivado sobre o saber que a experiência, como dado que a rigor é ínsito ao incontrolável campo do subjetivo, é externalizada (AGAMBEN, 2005, p. 23). Em termos das pretensões de controle do discurso jurídico e de sua experiência, isso significa a externalização das especificidades dos casos, mediante o uso de uma linguagem redutora delas: petições geradas a partir de modelos, contestações voltadas para tais modelos e decisões judiciais e recursos igualmente reproduzidos pela mesma lógica. Uma domesticação tão difundida das formas de produção de sentido no discurso sobre direitos possui sem dúvida a dimensão política de uma forma de exercício de poder, dimensão que persiste (e torna-se até mais visível, de certo modo) na perspectiva diacrônica, precisamente porque uma memória coletiva é instrumento e objeto de poder (LE GOFF, 2000, p. 57). Como todo poder, ele pode ser instrumentalizado em uma perspectiva pragmático-discursiva, gerando o que Ricoeur qualifica de “memória manipulada, traçando um paralelo correto para com o conceito habermasiano de uso estratégico da comunicação (RICOEUR, 2007, p. 93-94)⁵⁰.

A busca aos possíveis vínculos entre a perspectiva diacrônica do sentido das normas e a aplicação delas, mesmo ante a autonomia que a modernidade confere ao

⁵⁰ Essa relação entre legitimidade e uma efetiva publicidade dos processos de construção de uma memória é um dos objetos do capítulo seguinte da presente pesquisa, precisamente a partir do sentido procedimental no qual o direito, no Estado Democrático de Direito, requer sua vinculação à democracia.

direito, não quer dizer que a experiência jurídica reduza tudo a si. Tampouco quer dizer que tal experiência resulte em uma grande narrativa no sentido forte do termo⁵¹. Em outras palavras, pode-se falar em uma memória e em uma história do Direito, como nota Bretone, ao tomar a norma jurídica não como um objeto da reconstrução histórica, mas sim como um indício para o desvelamento de nexos não expressos entre o passado e o presente. O mesmo processo, *mutatis mutandis*, pode ser aplicado à enunciação das interpretações sobre a norma jurídica, afastando-se da ideia de uma "história dos dogmas" em favor de uma história social, evitando que a história do direito seja reduzida a uma "história dos juristas" (BREZONE, 2000, p. 135 e p. 140-141), até mesmo porque se a totalidade do fenômeno social não pode ser esgotada historicamente, tampouco o direito pode fazê-lo. Estes limites não fazem cair por terra o *status* epistemológico de validade de uma história do direito. A direção em que Bretone aqui aponta é a mesma de Popper: a divisão do conhecimento em campos seletivos é um artifício necessário ao conhecimento, e os limites destes campos são operados apenas como tensões, porém nunca como uma aquisição a ser incorporada (BREZONE, 2000, p. 135 e p. 140-141 e p. 144).

Se o tempo se incorpora ao imaginário social e à memória⁵², a pergunta de Gadamer quanto às condições em que é feita a "transmissão do pensar" no sentido diacrônico (isto é, as condições de ativação da memória) também é um ponto em que se faz possível entrever uma relação entre história e hermenêutica. Ele aponta que monumentos são obras humanas voltadas à ativação da memória, evidenciando que a

⁵¹ Sobre como a narrativa jurídica deve ser contemporaneamente dissociada de pretensões de se tornar uma "grande narrativa", para assim ser frutífera em seu esforço de atender às demandas regulatórias de uma sociedade hipercomplexa, cf. Penny Pether, 1999, p. 229-230.

⁵² Neste sentido, a observação de Araújo Pinto sobre a utilização política das mudanças de calendários (ARAÚJO PINTO, 2002, p. 124-125).

ativação desta memória não é um processo "naturalizável", porquanto uma "história do universo" não é, necessariamente, a história humana (GADAMER, 1995, p. 158). Ou, dito de forma mais específica: a ativação da memória é ela própria uma artificialidade (já que uma "história do universo" contada por homens será, aí sim, uma história humana) e uma artificialidade que faz uso da abertura hermenêutica. Não é por acaso que Gadamer faz referência à memória a partir de monumentos, os quais com frequência se valem da arte, e a arte por definição, guarda uma abertura hermenêutico-filosófica, sendo, aliás, um dos pontos de partida da reflexão gadameriana (GADAMER, 1999, p. 92-98 e p. 147).

A distância entre o observado e o observador, que é requisito necessário ao estranhamento que dá início ao processo de compreensão, pode ser tomada como a intermediação entre a abstração da norma e o juízo de sua adequabilidade a cada caso concreto. Ela não difere, em síntese, da distância temporal (BRAUDEL, 1992, p. 57). A ativação da memória vai lidar com ela, ou, melhor dizendo, com uma trajetória percorrida no seu encurtamento. Sob a perspectiva hermenêutica, esta ativação faz apenas emergir temas de um pano de fundo de silêncio que antes era, ao menos linguisticamente, consensual.⁵³ Esta ativação, portanto, busca o imaginário em fontes que hermeneuticamente são todas reduzíveis a texto - embora o imaginário possa ter fontes iconográficas ou escritas em sentido estrito, consoante indica Patlagean. Aliás - e isto interessa particularmente à ativação da memória do Direito - esta historiadora relembra que, segundo demonstrou Foucault, a modernidade utiliza seu próprio imaginário para fazer a distinção entre o "normal" e o "louco", o que indica que este

⁵³ Sobre a tematização linguística de sentidos que se achavam imersos em um pano de fundo consensual, cf. GADAMER, 1999, p. 636-662.

imaginário moderno também tem a pretensão de abrigar o parâmetro da normatividade (PATLAGEAN, 2001, p. 293 e p. 303).

Ginzburg, ao recordar Aristóteles e Hume, aponta que a distância referida acima problematiza "sentimentos morais" de um imaginário que Patlagean (2001, p. 305) aponta como "naturalizado", sendo capaz de tornar estes sentimentos mais agudos ou mais difusos. Tais impactos são maiores nas distâncias temporais do que nas espaciais, e são ainda mais agudos quando esta distância é passada do que quando ela é ainda futura. Portanto, e considerada a modernidade e a explicitação de seus riscos, vale o alerta ao que se debruça sobre os limites desta distância: o distanciamento que me permite ver o "outro" pode servir também para ocultá-lo do horizonte de nossas decisões, como sugerem os exemplos que Ginzburg elenca sobre a forma "tecnológica" da guerra contemporânea ou sobre a despersonalização que é operada pela burocracia administrativa. Este distanciamento do intérprete é precisamente o oposto da aplicação que o princípio discursivo busca do direito - e, ainda assim, é um risco presente a todo instante. Mesmo a memória não mais pode ser tida como uma reserva "inalterável" de verdade, se os vestígios dela podem sofrer os efeitos da ação humana (GINZBURG, 2001, p. 202-203, p. 210-211, p. 213-214 e p. 216).

A operatividade da memória, sua ativação, faz ver a natureza fugidia desse conceito. Memória existe apenas em uma perspectiva operacional. E, a rigor, haveríamos que falar em memórias, não somente ante a multiplicidade dos caminhos e dados que emergem de seu processo, mas em particular por ser esse processo objeto de uma disputa social que tanto seletivamente (porém não de modo intencional) constrói uma identidade quanto é simultaneamente construído por ela (JELIN, 2010, p. 1 e 7), em um processo que permanece aberto.

A cada operação feita pela memória, ela não se faz visível somente como tema enunciado linguisticamente. É esta articulação memória-linguagem que faz Le Goff (2005, p. 421 e p. 469) afirmar que uma "amnésia" social é certamente danosa às próprias identidades coletivas. Se se pretende ativar a memória do intérprete do Direito, é importante retomar a lição mitológica de que *mnemon* é um auxiliar que, a todo instante, recorda o herói da saga de quais normas divinas não devem ser desobedecidas no curso das ações que estão sendo praticadas, sob pena de que sobrevenha a ira divina. Assim, e a rigor, *mnemones* são repositórios da memória normativa. Para o aplicador do Direito, em particular, a abertura que a modernidade dá quanto ao futuro tem reflexos na ressignificação do passado e na ativação da memória. Ela não mais pode ser pré-orientada para um *telos* determinado de antemão, e, de outra parte, os caminhos de sua ativação não mais se resumem à imagem ou à disposição de um ordenamento conceitual. Com o advento e difusão dos meios de imprensa e de transmissão da palavra, um leitor é exposto a um volume de textos maior do que jamais poderá explorar (LE GOFF, 2005, p. 433-436 e p. 452). Isto reforça um dos argumentos já tratados anteriormente: não há como precisar uma linha causal direta na reconstituição dos caminhos pelos quais a memória foi ativada em interpretações passadas. É possível, se tanto, apenas extrair de vários indícios uma parte da complexa inter-relação de fatores. E mesmo essa assume a sua precariedade na origem, eis que, metodologicamente, a sua reconstrução requererá sempre um "recorte" específico.

No que podem contribuir a análise desses instrumentos historiográficos na melhor compreensão dos processos de adjudicação dos direitos fundamentais? Gustavo Zagrebelsky também se debruça sobre essa pergunta, e encontra na compreensão da natureza deontológica dos princípios constitucionais a sua resposta. Pensando para além

do debate superficial entre originalismo e ativismo⁵⁴, as normas constitucionais, tomadas principiologicamente, têm na sua expressão como texto um referencial que, simultaneamente, articula passado, presente e futuro. Não sob a perspectiva de uma fidelidade ao passado ou de uma interdição ao futuro, mas precisamente o contrário: eles apontam para indícios de seus significados passados, para uma historicidade profunda na qual estão imersos e que há de se levada em conta, mas para que se possa, no tempo presente, articular sentidos que consideram o futuro, ainda que por certo não o possa controlar ou mesmo antever de modo absoluto. Postos sob essa ótica, “Os princípios são, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação, de uma inovação que consiste na realização sempre mais completa e adequada às circunstâncias do presente da primeira semente que constitui o princípio” (ZAGREBELSKY, 2005, p. 89, tradução livre).

A atividade de atribuição de sentidos aos princípios jurídicos é portanto uma atividade hermenêutica sobre o passado e de codificação (no sentido comunicativo) de seus significados, embora seja frequente que os intérpretes do direito (em especial os juízes), ao reconstruir significados desses princípios, refugiem-se na afirmação de que essas novas compreensões “sempre” estiveram no texto da norma, sendo o seu trabalho apenas o de evidenciá-las (SARAT; KEARNS, 2005, p. 5). Essa atividade exerce grande papel na construção desse horizonte de sentidos, que na perspectiva diacrônica assume a feição de uma memória compartilhável coletivamente, atuando sob uma perspectiva seletiva (SALVSBERG; KING, 2007, p. 194-195) sob a qual a produção de sentidos nos discursos jurídicos – particularmente nos discursos em que a corte mais alta efetua

⁵⁴ Ronald Dworkin articula com clareza o porquê de tal debate não ser uma divergência teórica efetiva sobre o direito. Sua afirmação é de que essa discussão não contribui para a compreensão do que é o direito porquanto originalistas e ativistas, sob a aparência de discutirem o que é o direito, em verdade divergem apenas sobre o que ele deva ser sob o ponto de vista fático (DWORKIN, 1999, p. 9-11).

narrativas sobre o significado de garantias fundamentais – afeta fortemente o que nos lembramos e do que nos esquecemos quanto ao passado (MARKOVITS, 2001, p. 514-515). A seguir trataremos dessa seletividade e de parte da uma experiência da Suprema Corte dos EUA quanto a ela.

2.2. Seletividade e a construção da narrativa de direitos fundamentais: reflexões sobre a experiência da Suprema Corte dos EUA.

Há, senão uma analogia, ao menos uma clara referência à imensa seletividade aplicada pela Suprema Corte dos EUA na admissão dos casos submetidos, no que tange à inspiração do instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários. Essa analogia foi confessada no voto do relator do projeto de lei federal voltado à regulamentação do instituto, ainda no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. No penúltimo parágrafo, o voto referido afirma que a implementação da medida possibilitará a atualização de nosso sistema de controle de constitucionalidade, tornando-o mais semelhante ao sistema norte-americano (tradição constitucional que, ao lado do sistema germânico, é considerada por aquele relator como formadora do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade - CUNHA, 2006). Natural que seja assim, uma vez que a repercussão geral se apresenta como um “filtro” seletivo dos recursos postos perante o Supremo Tribunal Federal.

Esse dado por si só não remeteria necessariamente a uma análise da forma de seleção empregada pela Corte Suprema dos EUA como parte da investigação que se faz aqui. Tal análise ganha contudo importância na medida em que se nota um aparente paradoxo: como uma corte judicial dotada – e exercente – de discricionariedade tão

confessadamente ampla na seleção de seus casos pode obter os níveis de legitimação popular constatados por uma expressiva gama de análises criteriosas?⁵⁵ Relembre-se de que, na forma do artigo 10, do regimento interno daquela corte norte-americana, a revisão feita no *writ of certiorari* não é um direito processual das partes, “mas uma questão de discricionariedade judicial”, de tal forma que um *certiorari* será admitido “somente por razões muito relevantes”, e, por tal motivo, as hipóteses de cabimento previstas naquele artigo para tal recurso são apenas orientações gerais que não vinculam a corte e tampouco esgotam as possibilidades de cabimento do recurso. Tão grande é essa autonomia na seleção de casos, que o mesmo artigo declara, em sua parte final, que embora a revisão de erros fáticos pela corte não seja em geral admissível, essa possibilidade não está excluída, a depender, obviamente, do que a corte considerar necessário (UNITED STATES OF AMERICA, 2007, p. 5)⁵⁶. Por certo, se a experiência da Suprema Corte dos EUA, sendo longa no uso de uma imensa discricionariedade na seleção dos casos postos perante ela, pode lançar luzes mais intensas sobre o problema da presente pesquisa, seu exame há de ser tratado com o cuidado necessário para que um argumento de analogia não se justifique a si próprio. Mas este cuidado não deve impedir o que Jacques Bouveresse (2005, p. 141) denomina de uso necessário da liberdade

⁵⁵ Apenas como exemplo significativo da afirmação, Valerie J. Hoekstra recapitula que, tomadas as pesquisas nacionais anuais de indicadores sociais feita pelo centro de pesquisas de opinião pública da Universidade de Chicago, e observado o recorte de dados entre os anos de 1977 e 1991, 30% a 35% dos entrevistados manifestaram imenso grau de confiança na Suprema Corte dos EUA, e entre 65% e 70% expressaram elevado grau de confiança naquela corte, posicionando o percentual médio de grande confiança no patamar de quase 100% dos pesquisados ano após ano (HOEKSTRA, p. 125-136, 2003).

⁵⁶ “Na prática, os ministros [da corte] são livres para aceitar ou rejeitar os casos levados até eles como bem entenderem. Vale dizer, a corte tem controle total sobre sua pauta.” (SEAGAL; SPAETH; BENESH, 2005, p. 276). Essa discricionariedade é de tal monta que o artigo 39 do regimento da corte admite que se peticione perante ela *in forma pauperis*, isso é, sem a intermediação de advogado, desde que por motivo justificado, cabendo à corte decidir se a intervenção de um advogado se fará necessária (quando então ela designará um de forma dativa), ou não (UNITED STATES OF AMERICA, 2007, p. 49-51). Muito embora essa designação ocorra na quase totalidade dos casos, em um daqueles o pedido de revisão foi admitido pela corte, por sua relevância no que tange ao sentido do devido processo em matéria penal, de modo imediato. Trata-se de um dos *landmark cases* da corte, *GIDEON v. WAINWRIGHT* (UNITED STATES OF AMERICA, 2008).

científica para os fins críticos que caracterizam a própria ciência.

Um dos mais longevos presidentes da corte norte-americana, William H. Rehnquist, de notório perfil conservador, fez em um de seus textos uma afirmação bastante contundente quanto a um papel mais relevante, no sistema constitucional, para a autonomia e independência da corte do que em tese adviria acaso um processo eleitoral clássico fosse utilizado na escolha de seus membros:

Quaisquer que sejam os méritos ou deméritos de um poder executivo motivado por pesquisas de opinião, ou de um poder legislativo movido pelo mesmo fundamento, um judiciário motivado por pesquisa de opinião não é atraente. Logo, a busca por uma confiança pública e confiabilidade no judiciário deve ser buscada incessantemente com a ideia de independência judicial. (REHNQUIST, 1999, p. 9, tradução livre).

Mesmo para Rehnquist, portanto, a despeito do feito conservador mencionado, a legitimidade da corte norte-americana não era um dado prévio, mas resultado de um construto. Há porém uma perspectiva mais densa dos requisitos de legitimidade de uma decisão judicial sob o prisma do direito, particularmente no Estado Democrático de Direito. O capítulo seguinte do presente texto irá se dedicar de modo mais específico à interdependência entre procedimento/legitimação/jurisdição sob os requisitos de uma democracia constitucional contemporânea, mas nesse ponto já é possível participar da indagação que Valerie Hoekstra sintetiza, bem como atentar para as hipóteses traçadas por ela:

E sobre o relativamente alto e estável nível de apoio? Por que a corte desfruta de tanta popularidade? Por que essa popularidade parece imune até

mesmo às decisões mais controversas? Será que certos valores ou crenças persistentes sobre a corte a isolam das reações às políticas que emanam de suas decisões? O conjunto dos dados mostrando níveis altos e persistentes de apoio certamente parecem consistentes com essa ideia. Mas popularidade alta e estável é também consistente com outra explicação – que as decisões de fato têm importância. (HOEKSTRA, 2003, p. 117, tradução livre).

Embora reconhecendo que o apoio popular à corte certamente é multifatorial em suas raízes, ela não deixa de notar a curiosa circunstância de que uma atuação aparentemente mínima daquela corte resulta em um expressivo número de decisões de grande impacto difuso, o que aponta para um vínculo entre legitimidade e procedimento (HOEKSTRA, 2004, p. 116 e 123). Tal procedimento envolve uma seleção laboriosa, porém feita a portas fechadas, por parte dos membros da corte, resultando na admissão média de cem casos ao ano dos cerca de oito mil que lhe são submetidos, sempre através da aplicação da chamada “regra dos quatro”, segundo a qual ao menos quatro dos nove ministros da corte (ou três, na hipótese de a corte contar com *quorum* reduzido de sete ou oito membros) deverão concordar que um determinado caso deva ser apreciado pela corte e mereça uma “decisão formal”. Tal regra tem uma origem que não é clara para além da óbvia sedimentação consuetudinária de sua prática na própria corte, porém Doris M. Provine destaca que a primeira referência pública a ela data de 1924, no depoimento feito pelo ministro Van Devanter perante a comissão do senado norte-americano encarregada da supervisão judiciária. Em tal depoimento, a lógica apresentada para essa regra pareceu ser somente a de que quatro votos, em um colegiado de nove membros, está apenas um voto aquém da maioria absoluta (PROVINE, 1980, p.

32-33)⁵⁷. A simplicidade desse argumento é um indicativo, quando menos, de que não há sob o manto dos processos seletivos da corte uma estratégia ou intencionalidade sistêmicas – não obstante o notório esforço de pesquisas que, mediante a análise de dados estatísticos qualitativos e quantitativos, almejem localizar um “padrão” ou “padrões” de comportamento para a corte. Essa conclusão é em parte suportada pelo fato de que ao menos um dos membros da corte, o ministro John Paul Stevens, manifestou em artigo a opinião de que tal critério numérico não assegura necessariamente uma melhor ou pior qualidade nas decisões tomadas por ela (STEVENS, 1997, p. 94). É interessante observar a ausência de registro de que tal “regra dos quatro” sofreu propostas internas efetivas de transformação ou extinção por parte dos membros da corte, o que levou Jeffrey R. Lax a presumir, com base na manutenção de tal regra, que ela em verdade reforçaria a posição majoritária na corte, a despeito de sua aparência de abrir a corte ao exame de uma posição que seja (em tese e a princípio) minoritária entre seus membros (LAX, 2003, p. 68 e 83). Uma das linhas de investigação da presente pesquisa, contudo, é indagar da possibilidade contrária, isso é, que aquela corte, ante os amplos poderes na construção de sua pauta, reproduza (pouco importa que não intencionalmente), no procedimento seletivo que envolve essa construção, uma leitura principiológica mais densa quanto ao compromisso constitucional de que igualdade seja tida como um direito à diferença, ao dissenso, à consideração efetiva dos argumentos articulados por uma posição minoritária.

A expressão “decisão formal”, mencionada há pouco, representa o contraste entre a simples devolução dos autos às instâncias anteriores e a inclusão em pauta para

⁵⁷ Depoimento prestado nas sessões 2060 e 2061 da comissão de supervisão do judiciário do Senado Federal dos EUA, no primeiro ano da sexagésima oitava legislatura (PROVINE, 1980, p. 188).

pronunciamento explícito. Embora essa devolução obviamente não estabeleça em si um precedente, seria equivocada a conclusão de que a Suprema Corte não estaria no caso ratificando – ainda que tacitamente – a última decisão tomada naqueles autos. O silêncio da corte, no caso, veio a ter um apoio legislativo expresso somente quando da edição do denominado *Judiciary Act* de 1925 (UNITED STATES OF AMERICA, 2005), reafirmando sua natureza eloquente, vindo a ser um artefato procedimental que, no dizer de Jonathan Sternberg, é a “mais radical alteração do papel da Suprema Corte jamais ocorrida na história americana” (STERNBERG, 2008, p. 14). Significativamente, entre as tarefas de articulação política em torno da edição do *Judiciary Act*, o então presidente da corte, ministro William Taft, viu-se às voltas com a resistência inicial da associação nacional de advogados (a *American Bar Association*), que temiam a ratificação legislativa da discricionariedade que já vinha sendo construída jurisprudencialmente pela corte norte-americana. A resistência foi vencida porquanto a proposta apresentada pela referida associação (aumento do número de ministros da corte) foi vista como descaracterizadora do papel da própria corte em servir como instância revisional de natureza apenas extraordinária (STERNBERG, 2008, p. 11).

Foi precisamente no curso da presidência que se seguiu à do ministro William Taft que se iniciou o uso de uma técnica organizacional para a seleção de casos a serem examinados pela corte. Sob a presidência do ministro Charles Evan Hughes, adotou-se como medida de praxe a elaboração da chamada “lista especial” ou “lista morta”, expressando um conjunto de casos que provavelmente não seriam admitidos pela corte. Essa lista era elaborada pelo próprio presidente e, por óbvio, não poderia impedir que quatro outros ministros decidissem pela exclusão de um caso da “lista morta”, passando-o assim ao grupo de casos que seria efetivamente apreciado. Há aqui um dado de

importância sobre um pressuposto não explicitado na compreensão da corte americana sobre a seletividade de seus casos: o de que a pressuposição inicial geral haveria de ser a manutenção da última decisão tomada no caso pela instância julgadora antecedente, daí porque uma lista “geral” dos casos abrangeria aqueles que provavelmente não seriam admitidos pela corte⁵⁸ (PROVINE, 1980, p. 28; SCHOEN, WAHLBECK, 2006, p. 1-2).

Não obstante, tal discordância entre a agenda proposta “negativamente” pelo presidente da corte era extremamente rara, consoante também aponta Doris Provine, sob as presidências do próprio ministro John Hughes e nas subseqüentes dos ministros Harlan Fiske Stone, Fred Moore Vinson e Earl Warren, abrangendo o longo período de 1930 a 1969 (PROVINE, 1980, p. 28). Estabelecida uma base procedimental primeira sobre a qual essa seletividade era exercida, ela foi sofrendo uma significativa mutação ao longo da história da própria corte: a partir do estabelecimento de uma “pauta mista” (que incluía, originalmente, apenas os casos apresentados *in forma pauperis* ou os que continham pedidos de providências urgentes), essa “listagem paralela” foi paulatinamente estendida para casos outros que, no ver de um ou mais membros da corte, deveriam ter a sua admissibilidade considerada e, por volta de 1950, tal “pauta mista” já continha um número de casos a serem revistos tão expressivo que teria originado a listagem que hoje é conhecida como a de “casos cuja admissibilidade será

⁵⁸ Ressurge aqui o contraste já mencionado quanto ao regimento do Supremo Tribunal Federal, visto nos artigos 323 e 324 (especialmente no parágrafo primeiro desse artigo 324), do regimento interno dessa corte (BRASIL, 2011a, p. 154-155).

examinada em reunião⁵⁹ pelos ministros (PROVINE, 1980, p. 29; SCHOEN, WAHLBECK, 2006, p. 2).

A breve descrição do procedimento seletivo interno da corte norte-americana feita nas páginas anteriores não tem o propósito de reafirmar a óbvia discricionariedade da corte na admissão de seus casos, mas sua utilidade é permitir entrever a ausência de uma racionalidade no sentido causal que possa ser atribuída a tal procedimento. Porém, longe de ser essa uma marca de irracionalidade da corte, uma hipótese contrária pode ser levantada: a de que, diante da complexidade multifatorial da construção do significado de direitos, particularmente sob a ótica dos direitos fundamentais, essa abertura permita, em vários momentos, o que Cass Sunstein chama de “uso construtivo do silêncio”. Nele é permitido que todo o sistema judiciário tematize (com a publicidade que lhe é obrigatória) o debate a ser travado, em um minimalismo que pode mais facilmente (embora não necessariamente o faça) dar visibilidade à responsabilidade constitucional de todos os atores sociais e políticos envolvidos na discussão – inclusive, é claro, a própria corte (SUNSTEIN, 2001, p. 4-5).

Não se deve entender por minimalismo uma forma “moderada” de originalismo ou mesmo meio reverso de submissão da corte ao sistema político-econômico, como

⁵⁹ Usa-se aqui o substantivo “reunião” como tradução do termo *conference*, cuja especificidade procedimental é bastante típica da Suprema Corte dos EUA. Por ter sido sempre marcada por grande sigilo, tais conferências têm sua sistemática interna conhecida documentalmente apenas pela análise de registros em diários pessoais de membros já falecidos da corte. O acesso a esses mesmos diários, por sua vez, é também restrito, por representarem na quase totalidade das vezes documentos de propriedade particular. Doris Provine, examinando diários do ministro Harold Hitz Burton (que atuou na corte de 1945 a 1958), relata que tais conferências se dão semanalmente, na qual ministros se assentam em uma mesa de reuniões em ordem decrescente de antiguidade, sendo examinados caso a caso os itens constantes da lista que guia cada conferência. Após sumário oral feito em cada caso pelo presidente da corte, são colhidas opiniões preliminares de cada ministro sobre a admissibilidade e mérito, também por ordem de antiguidade, sendo a praxe de vários a tomada de notas livres ou em formulários específicos pessoalmente preparados para cada caso (PROVINE, 1980, p. 31). Hersel Perry, em entrevista colhida junto a um dos ministros da corte sob condição de que fosse preservado o sigilo de fonte, confirma tal procedimento (PERRY, 1994, p 42-45), relatando, ainda, que parte dos ministros voluntariamente integram um “pool” de revisão mútua de casos que consideram candidatos à admissão (PERRY, 1994, p. 56-57). Nesse último particular, cf. SCHOEN, WAHLBECK, 2006, p.18.

Richard Posner equivocadamente o faz em um de seus textos de grande repercussão (POSNER, 2003, p. 135). Digo equivocadamente, porquanto a possibilidade levantada por Sunstein não se aplica aos silêncios que tenham como motivo o uso de fundamentos externos ao direito, mas de uma autocontenção (*self restraint*)⁶⁰ tomada sob a perspectiva do amadurecimento do debate tanto interno quanto externo à corte (SUNSTEIN, 2001b, p. 25). Essa autocontenção carrega consigo, no ver de Cass Sunstein, ainda uma outra possibilidade, a de ativar, nos casos selecionados – e precisamente por força de um prática seletiva que tende ao minimalismo – a articulação dos múltiplos pólos de interesse no debate que é travado neles, conferindo tanto uma visibilidade maior ao tema como uma clareza pública maior na recuperação posterior dos parâmetros que foram aplicados nos respectivos julgamentos, numa lógica de ação que tanto favorece a repercussão ampla de decisões envolvendo direitos fundamentais tal como a igualdade, como no exemplo de *Brow v. Board of Education of Topeka*, quanto a reafirmação contundente (e o aprofundamento) da autocompreensão da corte em torno dessa mesma garantia fundamental, como no exemplo é *United States v. Virginia*, em que o sentido dessa igualdade levou a corte a considerar inconstitucional a manutenção, pelo Estado de Virgínia, de uma instituição pública de ensino que, sob pretexto da adoção de uma grade curricular militar, era de acesso exclusivo ao sexo masculino (SUNSTEIN, 2001b, p. 59-60).

⁶⁰ Richard Posner, assumidamente, presume que as posturas dos julgadores resumam-se, ao fim das contas, apenas em uma “agressividade” ou “timidez” diante do debate constitucional, a ponto de afirmar que o *self restraint* é apenas a expressão dessa timidez – mas, de uma ou de outra forma, sempre calcados em razões políticas (POSNER, 2005, p. 54) . Cass Sunstein não nega que uma “timidez” constitucional possa advir até do simples receio de um julgador em ver-se às voltas com decisões das quais possa se arrepender posteriormente (é o que ele identifica em uma série de votos da ministra Sandra Day O’Connor), e portanto não eleva o minimalismo à categoria de um método assecuratório de uma postura democrática da corte americana (SUNSTEIN, 2006, p. 21). Não obstante – esse é o ponto – o autor igualmente observa, como dito, possibilidades de um uso democrático para esse minimalismo.

O raciocínio principiológico tão necessário à aplicação do direito em uma comunidade que já se faz ciente de que seu pacto político se expressa na articulação complementar (não obstante tensionada) entre igualdade e liberdade (DWORKIN, 1999, p. 254-155 e 260) tem como consequência que a força dessas decisões de aplicação das normas disponibilizem um horizonte de sentidos para além dos casos dos quais se originaram, porém a adequação desses sentidos aos novos casos exige que mediação, que Alessandro Ferrara chama de imaginativa (FERRARA, 2008, p. 48), entre o geral e o particular, permita a visibilidade das razões de comparação, semelhanças e dessemelhanças)⁶¹. Isso, por óbvio, deverá ocorrer em toda decisão judicial – como de resto em todo ato de aplicação do direito – porém, no que tange à corte que se posiciona no ponto interno mais elevado do sistema judiciário, a experiência norte-americana de uma seletividade tão intensa na construção da pauta da própria corte resultou tanto em uma visibilidade que permitiu maior clareza (ou menos mais fácil tematização pública) quanto a esse horizonte de sentidos, como igualmente submeteu aquela corte a um processo contínuo de críticas na construção dessa pauta⁶², viabilizando, na opinião de Doris Provine, um confronto mais intenso entre a opinião dos membros da corte e mudanças sociais as quais ela ainda não tenha respondido (PROVINE, 1980, p. 62). Esse confronto é um dos elementos que torna irracional a produção de modelos explicativos causais (em um sentido forte da expressão) do comportamento da corte, já que a construção de decisões obedece uma fluidez que responde de modo bastante

⁶¹ Cf. também Lawrence Baum, 1993, p. 454-455.

⁶² Um estudo bastante interessante das formas mais organizadas e diretas de crítica pública à construção da pauta da Suprema Corte – e, claro, também de pressão para influenciar essa construção – consta de pesquisa realizada por Charles R. Epp, no qual sua conclusão, após análise de dados empíricos, é a que a pauta da Suprema Corte no que tange aos direitos fundamentais não pode ser entendida de forma dissociada de seu contexto institucional. Assim, é claro que a posição pessoal dos ministros influencia essa pauta, mas eles igualmente respondem a um debate público nascido dos vários grupos sociais organizados em torno desses direitos (EPP, 1999, p. 278).

contingente (GILLMAN, 1999, p. 86). Mas, e precisamente por isso, possibilita fortemente que a corte se afirme mais intensamente como pertencente ao ideário associado a uma democracia constitucional, como instituição estabelecida pela constituição e, simultaneamente, como instituição constitutiva de parte dos sentidos que essa constituição assume ao longo de sua história.

Portanto, é possível sem excessos notar indícios de uma inter-relação entre essa seletividade e a mediação feita entre o tempo e a narrativa do sentido das normas. A compreensão mais aprofundada desse liame requer se problematize, por sua vez, essa operação de seletividade que é característica de uma memória. Um dos pontos iniciais dessa problematização é distinguir, como fez Paul Ricoeur, entre memorização e rememoração. Há na primeira apenas a produção de uma listagem de significados cuja conexão com sua historicidade é desprezada, para o aprendizado de saberes técnicos que invocam para si o pressuposto de serem sentidos fixos e sempre acessáveis a depender exclusivamente de uma adaptação quase física a um problema presente. A rememoração porém está imbuída de pressuposto diverso:

Com a rememoração, enfatiza-se o retorno à consciência despertada de um acontecimento reconhecido como tendo ocorrido antes do momento em que esta declara tê-lo sentido, percebido, sabido. A marca temporal do antes constitui, assim, o traço distintivo da recordação, sob a dupla forma da evocação simples e do reconhecimento que conclui o processo de recordação. (RICOEUR, 2007, p. 73).

Esse primeiro ponto já permite uma observação importante na distinção entre os pressupostos com os quais a seletividade exercida pela Suprema Corte dos EUA e o

desenho infraconstitucional dado ao instrumento de seletividade expresso na repercussão geral dos recursos extraordinários. No primeiro caso, e para além do debate estéril já referido entre originalismo e ativismo, não parece haver dúvidas quanto à compreensão de que a seletividade da corte norte-americana tanto está imersa em sua historicidade como também a reconstrói a todo instante. Daí o uso corrente da expressão *landmark cases*, os quais evocam não somente uma técnica de decisão ou de atribuição de sentidos, mas a rememoração dos sentidos de direitos fundamentais em perspectiva diacrônica tão intensa que, no dizer jurista estadunidense Robert P. George, “levam a uma compreensão mais rica do papel desempenhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos conflitos políticos de maior importância nos momentos-chaves de nossa história” (GEORGE, 2000, p. 14). Sem que haja no agir seletivo da corte norte-americana uma intencionalidade que pretenda efetivamente vincular efeitos estritamente em uma “forma prevista”⁶³, afirma-se na leitura feita sobre a prática daquela corte, a compreensão de que a própria constituição não apenas permite, mas na verdade requer, uma interpretação que densifique sentidos para que sua durabilidade no tempo se viabilize como resposta às contingências dele (GARRATY, 1988, p. 2-3)⁶⁴. Se tais *landmark cases* podem ser tidos como “ícones” da interpretação constitucional, é precisamente essa posição de visibilidade que agrega a eles não somente a possível confirmação de uma narrativa sobre direitos fundamentais que seja adequada a uma perspectiva da história social norte-americana, mas também a necessidade de que sobre

⁶³ Para usar a expressão de John A. Garraty, “[As] mutações constitucionais resultantes da interpretação judicial surgiram de modo bem mais casual e não planejado” (GARRATY, 1988, p.3).

⁶⁴ O que vemos como Estado Democrático de Direitos permite compreender que há aqui uma tensão. A resposta constitucional às contingências temporais é de fato indispensável como traço da abertura do direito para o futuro. Não obstante, isso não pode significar a perda da capacidade do direito em, no presente, atuar deontologicamente, isso é, apresentar limites às pretensões morais, religiosas, políticas ou econômicas que não possam ser reconduzidas à integridade do compromisso de igual respeito e consideração pelas diferenças no seio de uma democracia constitucional: “A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou de acordo político” (DWORKIN, p. 204).

eles se faça a revisão crítica de seus sentidos no presente, não somente para indagar o que nos dizem hoje - e se concordamos com as afirmativas feitas por eles - mas o que desejamos (ou não) ainda dizer sobre os temas tratados neles.

É nesse sentido que, em colóquios especificamente voltados para análise dos mencionados casos centrais na jurisprudência da corte norte-americana quanto aos sentidos da igualdade e da liberdade (respectivamente, *Brown* e *Roe*), Jack M. Balkin expressa a opinião de que *Brown* se amolda com facilidade a uma leitura de construção histórica da igualdade e hoje seria, no seu ver, pouco contestável quanto ao seu acerto (BALKIN, 2002, p. 5 e 25). De outra parte, no que tange a *Roe*, qualifica-o de uma “máquina de produzir de controvérsias” que, mais do que quaisquer outras, deu forma ao modo pelo qual os debates constitucionais mais intensos são travados contemporaneamente (BALKIN, 2005, p. 3). Porém, em ambos os casos tais colóquios puderam registrar tanto opiniões de concordância integral ou parcial, e de divergência relativamente a essas decisões e aos fundamentos empregados nelas. Mesmo quanto a *Brown*, um dos participantes do colóquio respectivo expressou sua discordância relativamente aos termos da decisão por considerá-la extremamente tímida no que tange ao enfrentamento da discriminação racial, e consagradora de uma leitura que, ao tratar o racismo como “infortúnio na história norte-americana, imuniza o direito (como sistema lógico) relativamente à crítica anti-racista” (BELL, 2002, p. 199).

Algumas considerações adicionais sobre a experiência da Suprema Corte norte-americana podem reforçar esse argumento. Visto o processo de adjudicação de direitos como uma narrativa - e ele, em sua forma operativa, é precisamente isto - Rosenfeld o examina através da articulação narrativo-linguística sobre a compreensão de nossa própria identidade. A negação, a metáfora e a metonímia são modos pelos quais

construímos e reconstruímos as noções sobre nós mesmos, dando-lhes sentidos que, em última análise, não são inatos, mas sim construídos e que deste modo permanecem abertos:

(...) Paradoxalmente, uma das maiores virtudes da tradição, enquanto conformadora dos direitos constitucionais do *Due Process*, é a sua abertura aos fins, a sua maleabilidade, a sua porosidade. De fato, o próprio processo de sobredeterminação é sensível às diferenças de tempo e lugar. (...) Uma tradição adequada para uma ocasião pode não mais o ser para a próxima, ou, pelo menos, pode não ser mais adequada se tomada no mesmo nível de abstração. Em síntese, a identidade constitucional se desenvolve e se reinventa - ao condensar no processo de fusão conjunta fragmentos de tradições pré-constitucionais, a contradição constitucional e os novos elementos carentes de um lastro passado na tradição nos tipos específicos de tradição - sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 107)

Neste sentido, a noção de igualdade constitucional somente pode ser percebida como uma incorporação (não uma redução) da diferença, e o papel da adjudicação de direitos fundamentais é precisamente operar de modo contínuo o respeito à diferença⁶⁵ e a manutenção de sua existência (ROSENFELD, 2007, p. 39-40). De outra parte, foi a negação desta igualdade constitucional que posteriormente permitiu que ela fosse vista para além de sua exterioridade, para além do formalismo de uma doutrina que admitia a separação como afirmação da igualdade (*separated but equal*) como se deu em *Plessy v. Ferguson*. Mas, mesmo naquele momento, um sentido de igualdade que já desafiava esta separação foi objeto da manifestação minoritária do ministro John Marshall Harlan:

⁶⁵ É por este motivo que os discursos de ódio à diferença são tão ameaçadores ao constitucionalismo, especialmente quando busca usar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional (ROSENFELD, 2006, p. 63).

A separação arbitrária de cidadãos com base na raça em via pública rotula-os como servos de modo completamente inconsistente com a liberdade civil e a igualdade perante a lei estabelecidas pela Constituição. Ela não pode ser justificada por quaisquer fundamentos jurídicos.

(...)

Sou da opinião de que a lei do Estado da Louisiana é inconsistente com a liberdade pessoal dos cidadãos, brancos e negros, no Estado, e hostil tanto ao espírito quanto à letra da Constituição dos Estados Unidos. Se leis desta mesma natureza fossem editadas por diversos outros Estados da União, o efeito seria altamente danoso. Escravidão, como instituição tolerada pelo direito já teria, é verdade, desaparecido de nosso país, mas ainda remanesceria um poder nos Estados de, por meio de uma legislação sinistra, interferir no gozo pleno das bênçãos da liberdade de livremente regular seus direitos civis, comuns a todos os cidadãos, com base em distinções de raça, e colocar em condição de inferioridade uma boa parte do corpo de cidadãos americanos, que agora constituem parte da comunidade política chamada de Povo dos Estados Unidos, para os quais e pelos quais, através de representantes, nosso governo é exercido. Um sistema desta natureza é incongruente com a garantia dada pela Constituição de cada Estado quanto a uma forma republicana de governo, e pode ser afastada por uma ação do Congresso, ou pelas cortes no exercício de seus deveres solenes de manter a lei suprema da nação, descartando qualquer coisa nas leis ou constituições estaduais que lhe seja contrária. (UNITED STATES OF AMERICA, 2010, tradução livre)⁶⁶.

A preocupação que tal voto vencido manifestou quanto ao futuro da igualdade em termos constitucionais não era de modo algum infundada. A experiência norte-americana de refundação da igualdade e da liberdade a partir da estratégia de invocar apenas a sua reafirmação deixa, segundo George Fletcher, ainda por serem superados os estigmas da discriminação e da servidão, eis que as ambições expressas no discurso de Gettysburg por Lincoln ainda estavam (e em boa medida estão) por se realizar (FLETCHER, 2002, p. 224). Esta tarefa ocuparia um foco central na célebre decisão que

⁶⁶ Cf. ainda PRATT JR, 2005, p. 739.

reverteu a opinião da corte quanto à aceitabilidade constitucional da separação racial. Trata-se aqui, obviamente, de *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que o debate versava sobre a constitucionalidade da manutenção de dois sistemas públicos de ensino racialmente separados. A decisão da corte foi sintetizada na seguinte forma por seu redator, presidente da corte, ministro Earl Warren:

Segregação de crianças brancas e negras em escolas públicas de um estado, apenas com base em sua raça, em virtude de lei estadual que permite ou requeira tal segregação, denega às crianças negras a igualdade perante a lei garantida pela Emenda Quatorze - mesmo que as instalações físicas e outros fatores "tangíveis" de escolas brancas e negras sejam iguais. A questão posta nestes casos deve ser decidida não com fundamento nas condições existentes quando a Emenda Quatorze foi promulgada, mas à luz do completo desenvolvimento da educação pública e de seu papel atual na vida americana por toda a nação. Quando um Estado chama a si a responsabilidade de prover oportunidades de educação em suas escolas públicas, esta oportunidade é um direito que deve ser tornado disponibilizado de forma equânime. Segregação de crianças em escolas públicas somente com base em sua raça retira das crianças daquela minoria racial a igualdade de oportunidades educacionais, mesmo que as instalações físicas e outros fatores "tangíveis" sejam iguais. A doutrina "separados, porém iguais", adotada em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, não tem lugar no que tange à educação pública (UNITED STATES OF AMERICA, 2006a, p. 486, tradução livre).

A estatura de verdadeiro ícone da jurisdição constitucional norte-americana que esta decisão atingiu pode, por vezes, obscurecer a importância de que as condições para uma ressignificação da identidade constitucional do povo norte-americano estavam em boa parte presentes, como demonstra a forte atuação da NAACP no caso (*National Association for the Advancement of Colored People*, Associação Nacional para o

Progresso de Pessoas de Cor), tal como é descrito por Hutchinson (2005, p. 111-113). Contudo, é igualmente necessário compreender que a abertura propiciada naquela decisão permitiu, mais tarde, que uma nova reflexão crítica sobre outros casos em que a igualdade constitucional foi posta de lado em prol de uma identidade nacional em sentido mais estrito. Este potencial crítico renovado é observado por Sunstein ao estabelecer uma relação comparativa entre *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Korematsu v. United States*⁶⁷, no qual ficou visível que ainda não foi superado o argumento de então da Corte ao impor àquele que afirma ter sido discriminado o ônus da prova, para além de toda dúvida razoável, de que a sua igualdade constitucionalmente assegurada foi de fato violada (SUNSTEIN, 2002, p. 175). O que é mais relevante, portanto, é que a tomada de decisão sob o prisma de uma identidade constitucional aberta não é capaz de solver em definitivo as questões relativas à inclusão e à igualdade constitucional precisamente porque, quando uma discriminação injustificável é suplantada, uma outra se torna então visível.

Já a forma pela qual a repercussão geral dos recursos extraordinários foi regulamentada instituiu, como já visto acima, um banco de dados – um arquivo – visivelmente mais voltado ao sentido de memorização do que de rememoração. Embora certamente produzido – como todo artefato cultural humano – em um ambiente pleno de historicidade, há nesse desenho institucional pouco estímulo a que o que consulta tais dados reflita sobre tal historicidade quando de seu uso.

⁶⁷ Em tal caso, foi debatida pela Corte a constitucionalidade de uma ordem de seclusão de um cidadão nipo-americano, no período da II Guerra Mundial, nos campos de internação destinados à detenção daqueles que, por sua ascendência étnica, poderiam em tese representar riscos aos esforços iniciais de guerra dos EUA para com os países do “eixo”, dentre eles, obviamente, o Império do Japão. Na sua apreciação pela Corte, em decisão redigida pelo ministro Hugo L. Black, prevaleceu o entendimento de que não havia prova da existência de uma discriminação racial, mas sim o atendimento de um imperativo de segurança nacional em tempo de guerra, segundo poderes que o parlamento havia concedido ao chefe do executivo em vista do esforço de guerra (UNITED STATES OF AMERICA, 2005).

Mas não se poderia dizer que o somatório do que é listado em uma base de dados produzida na forma descrita no artigo 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal atuará necessariamente como um arquivo dos sentidos dados pela corte aos princípios constitucionais?

A resposta a essa questão requer o desfazimento de algumas incompreensões quanto à operação e o alcance de arquivos, e o afastamento de algumas pretensões que são postas sobre eles. É imprescindível perceber que o arquivamento é uma interrupção em um fluxo narrativo (RICOEUR, 2007, p. 176). Por tal motivo, recuperar o conteúdo arquivado sem pensar a sua historicidade e a do próprio arquivo é tratar esse conteúdo de modo reduzido, obstando sua compreensão adequada – e, paradoxalmente, hipostasiando de modo irracional o papel do arquivo. Tomando novamente a expressão de Paul Ricoeur, os níveis múltiplos dos arquivos, tomados como unidades sociais, exigem uma análise do ato de arquivamento e de sua cadeia de operações (RICOEUR, 2007, p. 178). A análise de Ricoeur volta-se à questão do arquivo documental e ao seu papel como fonte na pesquisa histórica, todavia o alerta se estende, quando menos, a toda forma de institucionalização da informação, quaisquer que sejam os seus códigos, que pelo ato de inclusão diferencia seletivamente essas informações (SMIT, 2003, p. 8). Não é por outra razão que, a partir do que pesquisas na fronteira entre as ciências neurocognitivas e a ciência da informação na década de 1970 denominaram de paradoxo da informática (consoante o qual o aprofundamento na busca por modelos de inteligências artificiais revela bem mais as diferenças do que as semelhanças entre as memórias humana e eletrônica), a “imperfeição” dos processos mnemônicos é uma das chaves para um raciocínio efetivamente adequado à complexidade:

...A memória do computador é boa demais. Sua infalibilidade é sua principal deficiência. A memória humana é um instrumento que, se houver necessidade, mente e engana. Distorce, filtra e deforma, cuida melhor de certas coisas que de outras. Ao contrário da memória do computador, desobedece comandos. Não se preocupa com instruções para guardar uma coisa e jogar outra fora [...]. Embora os circuitos de um computador clássico estejam subordinados a um sistema operacional que emite comandos passo a passo, o cérebro humano parece receber a ação de dezenas de impulsos simultâneos. Odores, emoções, movimentos, sons, percepções: a memória é uma rede vibrante de associações sincrônicas, e não um trato linear de reprodução de estímulo-armazenagem. O computador toca suas melodias uma nota de cada vez, embora com rapidez incompreensível; a memória humana toca acordes inteiros. (DRAAISMA, 2005, p. 229).

Portanto, é a seletividade que distingue, de modo adequado, a operação humana da mediação entre tempo e significado. Armazenar tudo é simplesmente não produzir uma mediação que possa ser recuperada de modo adequado a um raciocínio complexo. Pensar a somatória das afirmações de uma corte, no exercício de seu papel de atribuir significado a direitos fundamentais, como um repertório que pretenda solver a total complexidade de cada caso posto perante ela – e ainda servir como posição apriorística suficiente *per se* para o futuro – reduz paradoxalmente o direito a uma questão de fato. Isso porque, nessa linha de compreensão, abrigar-se-á a pretensão de que o direito possa sempre ser retirado de um repertório exposto de decisões institucionais, sejam elas legislativas, administrativas ou judiciárias (DWORKIN, 1999, p. 10).

Outra noção que há de ser afastada para uma compreensão melhor do que se pode pretender ante uma coleção de narrativas na perspectiva diacrônica é que, tomada como um arquivo, ela não possui somente uma lógica que oriente aquele que o acessa ou aquele que irá incluir nele dados. Ao contrário, a lógica de um arquivo também é a

lógica daquele que o manuseia⁶⁸, sem distinção aqui, sob o ponto de vista hermenêutico, entre o que acessa e o que produz seus dados.

É precisamente na relação entre seletividade e a produção de sentidos que a perspectiva de Niklas Luhmann pode atuar como uma ferramenta de grande importância. A começar pelo fato de que sua análise também toma a modernidade como um processo comunicativo cuja complexidade cresce de forma exponencial e incontrolável precisamente porque pergunta à razão quais os fundamentos de sua racionalidade - o que, claro, enuncia novas razões que, por sua vez, igualmente são submetidas à mesma questão (LUHMANN, 2007, p. 143-144). Essa condição, contudo, não deve representar motivo para um descarte da razão, mas apenas para a compreensão de seus limites.

Essa constante problematização que a modernidade faz de seus próprios fundamentos põe para Niklas Luhmann, entre outras questões, a possibilidade de validação das comunicações produzidas nela e que se pretendam generalizar sob a perspectiva de sua validade. Nesse aspecto ele concluirá que, sob o ponto de vista de sua articulação temporal, toda comunicação produzida por um sistema social se vale do presente apenas como limite entre passado e futuro, onde as discontinuidades relevantes entre passado e futuro exigem que as expectativas quanto a esse último sejam renovadas e revisadas (LUHMANN, 2007, p. 308-309). Ou, para dizer em termos filosófico-hermenêuticos, a consciência de que a relação entre tempo e produção de sentidos faz daquele primeiro não um precipício sobre o qual o intérprete se debruça para recuperar

⁶⁸ “...Essa revolução [da técnica arquivista atual] deve sobretudo nos recordar que a chamada técnica arquivística não determina mais, e nunca o terá feito, o momento único do registro conservador, mas sim a instituição mesma do acontecimento arquivável. Condiciona não somente a forma ou a estrutura impressora, mas também o conteúdo impresso da impressão: a *pressão* da *impressão* antes da divisão entre o impresso e o imprimente. Esta técnica de arquivamento comanda aquilo que no próprio passado instituiu e construiu o que quer que fosse como antecipação do futuro. E como garantia. O arquivo foi sempre um *penhor* e, como todo penhor, um penhor para o futuro. Mais trivialmente: não se vive mais da mesma maneira aquilo que não se arquivava da mesma maneira. O sentido do arquivável se deixa também e de antemão, codeterminar pela estrutura arquivante. Ele começa no imprimente.” (DERRIDA, 2001, p. 30-31).

um passado, mas “...o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes” (GADAMER, 2003, p. 67).

É diante dessa reflexividade temporal que a perspectiva luhmanniana tomará a memória de um sistema social não como um retorno ao passado ou como um banco de dados, mas como uma função constante verificadora de validade das operações desse sistema na produção de sua comunicação específica. Não como se fora possível controlar-lhe a evolução, mas voltada para assegurar os limites das possíveis provas de consistência e liberar a capacidade de processamento de informações de um sistema para que ele se abra a novas irritações, o que torna o esquecimento a forma seletiva pela qual se busca evitar que um sistema bloqueie-se a si próprio (LUHMANN, 2007, p. 457).

O esquecimento portanto não é a interdição do passado, mas a operação necessária para que se possa atribuir significado relevante a esse último, sem o qual o presente não poderia ser a efetiva distinção entre passado e futuro e que se torna visível não sob a perspectiva de “rastros” deixados pela comunicação social nos sistemas psíquicos individuais, mas como uma produção de sentidos que, não sendo mera repetição deles, tampouco deixa de estabelecer quanto a eles expectativas futuras referenciadas naquilo que já significaram (LUHMANN, 2007, p. 459 e 461). A leitura sistêmica da forma com a qual o direito produz sentidos confirma, portanto, um dos caminhos de investigação da presente pesquisa, o de que a seletividade nas questões postas perante a comunicação jurídica seja condição pela qual tempo e a produção de sentidos são intermediados, ou, em termos mais estritamente luhmannianos, que “a memória operativa do sistema se ocupa precisamente de acoplar o passado com o futuro, ainda que para isso deva primeiramente distinguir esses horizontes para acoplá-los” (LUHMANN, 2007, p. 468).

Há nesse ponto uma possibilidade importante de articular de modo comparativo o desenho legal dado à repercussão geral dos recursos extraordinários (e, é claro, a práxis que já vem sendo construída desde então pelo Supremo Tribunal Federal) e a seletividade assumida pela Suprema Corte dos EUA. Trata-se aqui da noção de segurança do sistema jurídico, sob o sentido de uma previsibilidade mínima dos resultados de suas operações, visando ao estabelecimento de uma confiança nesse sistema.

Ao ser compreendida como ponto de partida necessário do qual derivam de regras para uma conduta apropriada, a complexidade social tanto requer o estabelecimento dessa estabilização de expectativas como também torna a produção de definições uma questão multifatorial, desvinculada de soluções imanentes, expressando apenas posições específicas em um campo de várias alternativas possíveis (LUHMANN, 2005a, p. 5 e 7). Tal confiança relaciona-se diretamente com a redução de complexidade operada internamente no sistema – especificamente no caso do problema posto aqui, na redução produzida nas operações de decidir das instituições judiciárias mencionadas acima (e, é claro, nas seleções que tais operações pressupõem). E essa redução, de sua parte, é mediada simbolicamente (LUHMANN, 2005a, p. 50-51). A questão que todavia parece distinguir a seletividade tal como desenhada em cada uma dessas cortes reside exatamente na força simbólica com a qual essa seleção é assumida: se por ela se busca, por intermédio de um método, o esgotamento (mesmo que pontual) das possibilidades de comunicação futura sobre determinada questão, ou se ela é pensada como uma operação que, como toda aquela que se dá internamente a um sistema, lida com fatos em quantidade bem mais expressiva do que tal sistema pode prever ou mesmo processar (LUHMANN, 2005a, p. 53). Essa segunda perspectiva é mais adequada ao problema ao

qual se dirige a seletividade analisada aqui, porquanto “As chaves empregadas para formar a confiança não eliminam o risco, apenas o reduzem. Não dão informação completa da conduta provável da pessoa que goza de confiança. Simplesmente servem de trampolim para o salto à incerteza, ainda que limitado e estruturado” (LUHMANN, 2005a, p. 55, tradução livre).

Nessa posição menos forte reside, paradoxalmente, a possibilidade de que se invoque simbolicamente uma confiança maior que na primeira e, por isso mesmo, pode-se conceber que sob ela a seletividade tomada pela corte pode assumir uma amplitude e discricionariedade senão maiores, ao menos bem mais explícitas. Em outras palavras, pode-se produzir maior confiança na confiança (LUMANN, 2005a, p. 113 e 115), viabilizando-se melhor e mais facilmente a assunção da reflexividade que reconhece na comunicação um exercício contra a improbabilidade de que dois sistemas psíquicos separados possam compartilhar de um mesmo sentido para o que foi comunicado, contra a improbabilidade de que esse sentido se mantenha ao longo de uma cadeia temporal e espacial imprevisível e contra a improbabilidade de que a comunicação surta precisamente o efeito intencionado pelo que a emite (LUHMANN, 2006, p. 42-43). Um reconhecimento, aliás, que compreende o silêncio como forma de comunicar (LUHMANN, 2004, p. 26-27).

O desenho dado à repercussão geral do recurso extraordinário, porém, opera de modo oposto. Nele a ocasião para o silêncio é bastante restringida, pressupondo-se como necessária a justificativa para a não seleção de recursos extraordinários, como se tal descarte já não implicasse não apenas a manutenção tácita da decisão recorrida, mas um verdadeiro reafirmar daquela decisão. Já se mencionou na presente pesquisa que a mediação institucional feita pela corte mais elevada em um sistema judiciário reforça-se

em uma perspectiva simbólica. E isso se dá porquanto a narrativa de tais cortes sobre o sentido de direitos fundamentais opera com a linguagem do direito na articulação do que Pierre Bourdieu localiza como perspectivas simultaneamente estruturadas e estruturantes (BOURDIEU, 2005, p. 8-9), ou seja, é tanto condicionado pela comunicação jurídica já em curso quanto também é formador dela. Por isso mesmo, como lhe é possível produzir e reafirmar distinções sociais hierárquicas, há aqui um veículo de dominação que está sempre a demandar uma análise crítica, em especial face à tendência de que a aplicação do direito pelos julgadores e o discurso científico do jurista atuem em uma divisão complementar de trabalho no qual o primeiro, sob o argumento de fundar-se no segundo, reafirma-o, produzindo uma lógica na qual a violência carregada na efetivação das normas é ocultada (BOURDIEU, 2005, p. 219-220)

É também de Pierre Bourdieu o alerta de que “o que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras.” (BOURDIEU, 2005, p. 15). Tal advertência aponta para a questão a ser tratada na parte final presente pesquisa: que possibilidade de legitimação a assunção clara da real seletividade praticada na admissão dos recursos extraordinários joga na construção de uma crença racional em torno da eficácia dos direitos fundamentais?

Capítulo 3

A repercussão geral dos recursos extraordinários ante a legitimação da jurisdição do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de crítica à seletividade e a compreensão da corte quanto a esse instrumento.

Em entrevista concedida à Revista *Veja* publicada em 9 de julho de 2010, o ministro Cesar Peluso, na condição de presidente do Supremo Tribunal Federal, fez declarações que revelam a conexão bastante forte que há entre o instrumento da repercussão geral de recursos extraordinários e a preocupação com a legitimidade das decisões daquela corte. Todavia, que premissas que fundam essa preocupação e, mais importante ainda, que pretensões sobre aquele instrumento processual são assumidas pelo membro então na presidência daquela corte? Uma reprodução de parte da entrevista auxilia a refletir sobre tais perguntas:

Veja - O maior problema da Justiça brasileira é a lentidão. Por que os tribunais levam até dez anos para julgar um processo?

Peluso - Em primeiro lugar, há um volume desnecessário de trabalho no sistema judiciário, provocado sobretudo pelas grandes empresas - especialmente nos casos em que elas são processadas por seus clientes. Mesmo quando não têm razão, elas apresentam inúmeros recursos para adiar a definição dos processos. Fazem isso para postergar o pagamento das dívidas, quando poderiam identificar os pontos litigiosos, chegar a uma solução razoável com os consumidores e, assim, resolver as causas com que ficam nos entulhando. Essa situação onera o Judiciário e os cidadãos. Outro problema é a administração pública, o maior cliente do Judiciário. A exemplo das grandes empresas, os órgãos públicos recorrem em todos os casos em que se envolvem. De novo, não há por que ser assim. Eles também poderiam abrir mão dos recursos, ao menos nos casos em que sabidamente vão perder, dada a existência de processos anteriores semelhantes.

Veja - Mas as empresas e o governo só apresentam essa quantidade de recursos porque ela está prevista na lei.

Peluso - Concordo. O nosso sistema jurídico oferece muitas oportunidades de recursos, especialmente porque é formado por muitas instâncias. Há quatro instâncias até que se chegue ao STF, o que é um absurdo. Normalmente, em outros países, são apenas duas instâncias. No Brasil, por causa disso, demora-se o tempo de uma geração até o Supremo decidir sobre algo.

Veja - Como impor limites ao número de recursos?

Peluso - O Congresso está discutindo a reforma do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal. São eles que regem o andamento dos processos. Se essas reformas forem bem feitas, poderemos limitar o número de recursos e ganhar muito em agilidade.

Veja - No caso específico do Supremo Tribunal Federal, quais são os motivos da lentidão?

Peluso - Temos uma Constituição extremamente analítica, com mais de 200 artigos e mais de cinquenta emendas. Praticamente qualquer causa pode ser levada ao Supremo, que é uma corte constitucional. Nos Estados Unidos, a Constituição tem sete artigos e 27 emendas. Eles julgam de noventa a 100 casos por ano. Nós julgamos mais de 120.000.

Veja - E qual seria a quantidade ideal?

Peluso - Sendo generoso, umas cinquenta causas por mês para cada ministro. Isso daria 6.600 por ano, o que já seria um absurdo se comparado ao volume de trabalho da corte americana. Quando era presidente do STF (de 1995 a 1997), o ministro Sepúlveda Pertence foi a um encontro de presidentes de cortes constitucionais na Itália. Cada um contava a história da corte do seu país. Na vez dele, o ministro relatou que o STF havia julgado 60.000 processos naquele ano. Na hora do café, um juiz americano lhe disse: "É preciso tomar cuidado com o seu tradutor. O senhor falou em 6.000 processos e ele traduziu como 60.000". Eles simplesmente não acreditam no volume de trabalho que temos aqui.

Veja - Os ministros leem todos os processos que julgam?

Peluso - É humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações em um ano. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado tema. Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu

entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas. É claro que o ideal seria que o ministro examinasse detidamente todos os casos.

Veja - Isso prejudica a qualidade da decisão?

Peluso - Não quero afirmar que isso sempre prejudica a qualidade da decisão, mas há o risco de isso ocorrer, e só o risco já é suficiente para tentarmos resolver o problema. Essa transferência de responsabilidade para as assessorias pode causar abusos. Não digo em relação ao STF, que é muito cioso de seus assessores. Refiro-me aos tribunais de segunda instância, em que o volume de trabalho também é enorme.

Veja - A súmula vinculante foi criada em 2004 para obrigar juízes de primeira instância a seguir as decisões do STF e evitar recursos desnecessários. Está funcionando?

Peluso - A súmula vinculante é um ótimo mecanismo, porque tem de ser seguida tanto pelos juízes quanto pela administração pública. É um enunciado de entendimento já consolidado pelo Supremo. Poupa muito trabalho. Mas temos apenas 31 súmulas vinculantes. Deveria haver muito mais.

Veja - Outro mecanismo, o da "repercussão geral", fez com que, a partir de 2007, apenas casos de grande relevância fossem admitidos no STF. Qual é o resultado?

Peluso - Graças a esse filtro, o número de casos que chegam ao Supremo caiu 40%. Mas, como eu disse, ainda são mais de 120.000 processos por ano. Poderíamos ser mais rigorosos ao aplicar a repercussão geral. Ocorre que alguns ministros entendem que qualquer recurso que envolva, por exemplo, matéria tributária tem repercussão geral. Eles alegam que, nesse caso, o número de pessoas atingidas costuma ser grande. Eu não compartilho desse entendimento. A meu ver, o universo de pessoas atingidas, por si só, não é suficiente para atender aos requisitos da repercussão geral. Há casos que atingem uma só pessoa, mas podem ter enorme importância para o país. Outros dizem respeito a 100.000 cidadãos, mas não têm repercussão alguma. Devemos pensar em adotar critérios mais objetivos e limitadores.

Veja - Alguns juízes de primeira instância desafiam o Supremo ao, por exemplo, mandar prender alguém quando o STF manda soltar. Às vezes, mesmo

interpretações consolidadas do tribunal são contrariadas por instâncias inferiores. Por quê?

Peluso - Alguns magistrados simplesmente desconhecem nossas decisões. Ninguém fica vendo a TV Justiça o dia todo para saber como o STF decide. Vou estudar uma forma de fazer com que decisões importantes do Supremo sejam comunicadas instantaneamente aos juízes do país inteiro. Mas há também uma explicação de natureza psicanalítica para a questão. Afinal, o que os tribunais superiores representam para os juízes? A autoridade paterna. Eu sei, eu fui juiz. Pensava: "É um absurdo o tribunal decidir desse jeito! Eles estão errados! Não podem me obrigar a segui-los!". Trata-se de um mau entendimento da independência. Mas o mais grave, e no que pouca gente presta atenção, é que, quando o juiz decide contrariamente ao STF, os que têm bons advogados conseguem chegar aqui e mudar a situação. Os outros, que não conseguem, acabam tendo uma sorte diferente. Isso se chama, na prática, iniquidade. Casos iguais, tratamentos diferentes. Sob o pretexto de resguardar a independência dos juízes, cria-se injustiça. (PELUSO, 2010, p. 17-19).

Em meio ao que sem dúvida é uma crise operacional do sistema de operação do sistema judiciário como um todo, a descrição colhida na entrevista parte de uma afirmação de que a sobrecarga de ações envolvem bem mais uma insistência (que é qualificada como descabida) em postular pretensões que já teriam sido refutadas em julgamentos anteriores proferidos em ações que são tomadas como idênticas. Sob uma perspectiva hermenêutica, porém, a irrepetibilidade das circunstâncias que marcam cada evento leva à conclusão de que uma tal identidade requer a desconsideração das especificidades de cada caso concreto, de forma a narrá-los como idênticos quando, a rigor, não o poderia ser. Para usar as palavras de Hans-Georg Gadamer,

Tanto para a hermenêutica jurídica, quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e

o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. [...] Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 1999, p. 461).

Essa verdadeira indistinção hermenêutica entre compreender e aplicar é de importância extrema aqui. Como já dito, o discurso jurídico – como de resto, todo discurso social – não é somente estruturado por suas condições, é também estruturante delas no seu papel de, pela via da significação, “constituir, reproduzir, desafiar e reestruturar os sistemas de conhecimento e crença” (FAIRCLOUGH, p. 209). Portanto, uma narrativa produzida pela corte que já se dispõe, previamente, a não tomar os casos como eventos no sentido hermenêutico-filosófico resultará na produção de referenciais de sentido menos adequados à compreensão das garantias fundamentais. A perda da especificidade argumentativa desses casos resulta em perdas tanto na aplicação quanto na compreensão do sentido de tais garantias.

Quais perdas? Ao menos uma: a crítica que se possa fazer dessa construção institucional de sentidos torna-se bem mais difícil, porquanto a tematização dessas especificidades representa a via mais eficaz para tematizar diferenças e dissensos. E a razão disso é o fato de que a complexidade envolta nas questões humanas (para as quais, obviamente, os direitos se voltam⁶⁹) requer um pensamento igualmente complexo. Nele,

⁶⁹ “Produzimos a sociedade que nos produz. Ao mesmo tempo, não devemos esquecer que somos não só uma pequena parte de um todo, o todo social, mas que esse todo está no interior de nós próprios, ou seja, temos as regras sociais, a linguagem social, a cultura e normas sociais em nosso interior. Segundo este princípio, não só a parte está no todo como o todo está na parte. Isto acarreta consequências muito importantes porque, se quisermos julgar qualquer coisa, a nossa sociedade ou uma sociedade exterior, a maneira mais ingênua de o fazer é crer (pensar) que temos o ponto de vista verdadeiro e objetivo da sociedade, porque ignoramos que a sociedade está em nós e ignoramos que somos uma pequena parte da sociedade. Esta concepção de pensamento dá-nos uma lição de prudência, de método e de modéstia.” (MORIN, 2006, p. 5).

é necessário um menor conformismo para com as soluções já em curso ou previamente aplicadas a problemas sociais, sejam as questões tratadas difíceis ou não, (SUNSTEIN, 2003, p. 14-18 e p. 24), precisamente porque

Se compreendermos o papel das influências sociais, também veremos porque é tão importante assegurar um nível alto de diversidade no judiciário federal. ... Devemos valorizar, em qualquer colegiado de juízes, a presença de uma voz que potencialmente incomode, mesmo como sendo um só juiz em meio a outros de posições contrárias. Juízes norte-americanos quase nunca se portam sem considerar o direito. Mas, como em qualquer grupo de pessoas que tenham uma mesma opinião, um grupo assim está bem mais propenso a extremos injustificados. Se a corte inclui membros potencialmente dissidentes, ela atuará de forma muito melhor. O que é verdade para a maioria das instituições é também verdade para as cortes. (SUNSTEIN, 2003, p. 212, tradução livre).

Assim, o que está em jogo é bem mais do que razões psicanalíticas pelas quais juízes desafiem a autoridade das cortes superiores ou particularmente a do Supremo Tribunal Federal, mas sim uma percepção do dissenso, em uma democracia constitucional, como parte indispensável na construção de argumentos que atendam à complexidade e à variabilidade dos problemas e dramas humanos postos perante um sistema judiciário. Ademais, esse dissenso argumentativo torna a corte mais porosa à ressignificação dos princípios constitucionais que emerge do debate levantado por movimentos sociais, quando esses legitimamente buscam a ressignificação da igualdade e da liberdade afirmadas pela constituição:

[...] se o argumento geral que fiz aqui – que o sentido que a constituição assume resulta do modo como movimentos sociais, políticos, econômicos e outros

nos levam a pensar sobre o significado do texto constitucional – talvez todo o direito constitucional seja constitucionalismo popular⁷⁰. Nesse caso, a leitura das opiniões dissidentes é tão importante quanto a leitura das opiniões da maioria no auxílio à compreensão do direito constitucional. (TUSHNET, 2008, XXVI).

Talvez se objete que o Supremo Tribunal Federal, operando de forma colegiada, já viabilizará uma pluralidade de opiniões, até porque a possibilidade de dissenso é ínsita a todo colegiado que delibera. Mas o exame da entrevista parcialmente transcrita acima, somado aos relatórios produzidos pelo tribunal sobre o instrumento da repercussão geral (referidos no primeiro capítulo da presente pesquisa), traz indícios que apontam para o oposto. Tais indícios, revelando a percepção daquela corte – ou, quando menos, de membros no exercício de sua direção institucional – parecem demonstrar a impossibilidade de que isso se dê. Simultaneamente, o exame deles também faz ver excessos nas pretensões abrigadas pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à repercussão geral dos recursos extraordinários.

A impossibilidade mencionada emerge da assunção de uma lógica que se ocupa do instrumento da repercussão geral quase que exclusivamente sob a ótica da redução numérica dos recursos em tramitação na corte. A recorrência de expressões em torno do número de recursos extraordinários é tanto parte expressiva da entrevista transcrita quanto parte de declarações também prestadas por outro membro da corte, ministro Ricardo Lewandowski, concedida ao sítio Consultor Jurídico em 7 de fevereiro de 2010, em uma reveladora aproximação entre eficiência da corte e dados estatísticos quanto ao

⁷⁰ O termo “constitucionalismo popular” (*popular constitutionalism*) é referenciado, no debate acadêmico norte-americano, a partir da qual a perspectiva de interpretação constitucional há de ser aquela em que o próprio povo seja a instância final interpretativa do sentido de seus direitos fundamentais, cabendo ao sistema judiciário um papel de mediação e de guarda de tais princípios e garantias que diligentemente evite a apropriação de tais sentidos por quaisquer grupos de pressão, inclusive – e primeiramente, talvez – pelo próprio sistema judiciário (KRAMER, 2004, p. 7-8).

número de decisões prolatadas – uma proximidade, diga-se, que está tanto pressuposta em algumas das perguntas formuladas quanto nas respostas dadas a elas:

ConJur — O gabinete do senhor no Supremo é reconhecido no tribunal pela sua eficiência e presteza. O senhor foi, inclusive, o primeiro ministro a julgar todos os processos ajuizados até 2005. Qual é a receita?

Ricardo Lewandowski — Meu gabinete no Supremo obteve o certificado ISO 9001. Em janeiro de 2007, eu tinha 12,5 mil processos para julgar e consegui reduzir o acervo para menos de 3 mil em novembro de 2009. Veja que redução fantástica! Essa redução não implicou a perda de qualidade das decisões. No meu gabinete, o índice de recorribilidade corresponde a cerca de 10%. Isso significa que, de cada 100 decisões, 90 são acatadas pelo jurisdicionado. Consegui esse resultado com um sistema de gestão voltado para a produtividade com qualidade. O planejamento estratégico é fundamental para qualquer atividade. Essa prática foi adotada em meu gabinete. Ademais, todos os funcionários participam de cursos de atualização, trabalham em equipe e com metas bem identificadas. Os processos aqui são classificados de acordo com certos critérios. Aplicamos um sistema muito usado na iniciativa privada, que é o “GUT”, sigla que composta por três letras que traduzem “gravidade”, “urgência” e “tendência”, esse último correspondendo à repercussão que determinado caso pode ter. A cada critério desses atribui-se uma nota e, depois, é calculada a média final. É essa média que vai determinar qual processo deve ser julgado primeiro. Classifiquei todos os processos do meu acervo e consegui, assim, julgá-los segundo um critério racional, e não simplesmente aleatório ou apenas cronológico.

ConJur — Quer dizer, o critério cronológico não é bom?

Ricardo Lewandowski — Há muitos julgadores que adotam o critério cronológico, mas penso que ele não é o mais satisfatório. Às vezes, um processo que acabou de ingressar no tribunal pode ter um impacto muito maior do que aquele que está na prateleira há anos e até já perdeu o objeto. No meu gabinete, concentramos nossos esforços naquilo que realmente é relevante.

ConJur — O senhor vai levar essa metodologia para a Presidência do TSE?

Ricardo Lewandowski — Sim. Com o auxílio da Fundação Arcadas, órgão de apoio à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, estou implantando o ISO 9001 no meu gabinete lá também. Vou levar essa mentalidade de gestão voltada para a qualidade para a Presidência do TSE.

ConJur — Qual a importância de um planejamento estratégico para a Justiça?

Ricardo Lewandowski — Ter metas é importante para a administração pública e privada. E até para a nossa vida pessoal, para o lazer, por exemplo. Se vamos fazer um passeio e não temos um caminho pré-traçado, podemos perder tempo e não aproveitá-lo adequadamente. É preciso ter objetivos e saber como atingi-los de maneira mais rápida, econômica e eficiente.

ConJur — Uma administração adequada junto com as novas ferramentas, como Súmula Vinculante e Repercussão Geral, vai ajudar a deixar o Judiciário menos moroso?

Ricardo Lewandowski — Não tenho dúvida nenhuma disso. Já diminuimos em 43,7% o número de processos que chegaram ao Supremo, de 2008 a 2009. Com essa redução, conseguiremos nos dedicar a questões mais complexas, de maior repercussão, como, por exemplo, a discussão sobre o aborto de fetos anencéfalos e as cotas nas universidades públicas. Se não precisarmos julgar milhares de recursos repetitivos, sobrarão mais tempo para os temas novos e, conseqüentemente, as decisões ganharão em densidade e qualidade. Um dos mais importantes julgamentos que o Supremo já fez foi o que validou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Foi o mais relevante em termos de densidade teórica. Ouvi até o testemunho de um cientista estrangeiro de que jamais viu um tribunal abordar esse assunto com tanta profundidade. Nós discutimos os aspectos filosóficos, éticos, jurídicos e científicos da questão, como jamais se fez anteriormente. Esse é o verdadeiro papel do Supremo. (LEWANDOWSKI, 2010, p. 2).

E mesmo o relatório prestado publicamente aos membros da corte, feito pelo ministro Carlos Peluso no encerramento do ano judiciário de 2010, indica que é dado um papel central à superação numérica do volume de recursos em tramitação na corte para a legitimação de sua atividade. Dois trechos do relatório são de interesse:

Srs. Ministros,

Estamos vivendo um momento histórico. É a primeira vez, em 11 anos, que o acervo processual do STF fica abaixo de 90.000 processos. O Tribunal possui, hoje, 88.834 feitos em tramitação, o que representa uma redução de 9,4% em relação ao ano passado. Essa redução deve-se, principalmente, à aplicação da sistemática da repercussão geral, que já resultou, desde 2007, em redução de 41,2% no número de recursos extraordinários e agravos de instrumento que chegam à Corte.

Além da diminuição no volume de entrada, a atuação originária da Presidência nos recursos manifestamente inadmissíveis evitou a distribuição de 34.705 processos (50,6% do total de processos recebidos) e permitiu uma redução de 75% na distribuição de AIs, e REs, em relação a 2007 e de 30,3% em relação ao ano passado. Além disso, apenas 8,3% dessas decisões foram objeto de agravo regimental, o que revela queda da taxa de recorribilidade de decisões da Presidência, em relação ao ano passado (10,3%).

Em 2010 foram distribuídos apenas 33.892 processos de todas as classes, em oposição aos 106.128 processos de 2007, o que representa uma média de 282 processos/mês para cada Ministro. Em 2007, a média era de 907 processos/mês.

O Plenário reuniu-se 38 vezes em sessões ordinárias e 41 vezes em sessões extraordinárias, totalizando 79 sessões em que foram proferidas 2.213 decisões, sejam finais, liminares ou interlocutórias. A Primeira Turma reuniu-se em 35 sessões ordinárias e 3 sessões extraordinárias e proferiu 3.400 decisões. Já a Segunda Turma reuniu-se em 33 sessões ordinárias e 1 sessão extraordinária e proferiu 5.396 decisões.

No total, foram emitidas 10.775 decisões colegiadas e 88.055 monocráticas, além de 120 no Plenário Virtual, o que perfaz a soma de 298.927 decisões monocráticas e colegiadas da Corte, neste ano judiciário. Foram publicados, no período, 10.521 acórdãos.

A aprovação da Lei nº 12.322/2010, que alterou a natureza do agravo de instrumento, deve causar mudanças ainda mais significativas na atuação do Tribunal. Tal lei, inserida no II Pacto Republicano, foi sancionada em 9 de setembro de 2010 e entrou em vigor no dia 9 de dezembro. E esse impacto é de ser previsto porque o agravo de instrumento é a classe processual mais numerosa

do STF, uma vez que representa cerca de 50% de todos os processos em tramitação. São 44.948 agravos de instrumento em um universo de 88.834 processos.

Decorrerão disso, pois, como boas consequências: a economia processual, a efetiva prestação jurisdicional e até mesmo a preservação ambiental.

[...]

A repercussão geral é instituto que, em pouco mais de 3 anos de vigência, já modificou o perfil dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Destinada a fortalecer o papel de corte constitucional, mediante aprimoramento do processo decisório e unificação da inteligência de matérias relevantes, representou proveito extraordinário, que, a meu ver, merece relevo: o trabalho conjunto entre os tribunais que, exigido para administração do sistema, estabeleceu frutífero clima de cooperação e atuação coordenada.

O STF começou a gerir seu estoque de processos sob o prisma do impacto concreto que seus julgamentos, em sede de controle difuso, implica sobre todo o Poder Judiciário. E, de modo correlato, todo o Poder Judiciário passou a acompanhar, muito de perto, os pronunciamentos da Corte.

É nossa tarefa acompanhar, com prioridade, os temas que sobrecarregam os tribunais, bem como aqueles sobre os quais haja divergência jurisprudencial. Cabe também ao Supremo responsabilizar-se pela disponibilidade eficiente de dados claros e bastantes, não somente para o Poder Judiciário, mas também para os jurisdicionados, e velar pela manutenção de adequado canal de comunicação permanente entre todos os interessados.

Aos tribunais de origem, por seu turno, foi conferida não menor responsabilidade pelo bom sucesso do instituto. Além do gerenciamento de processos sobrestados, dispõem do instrumento de eleição de causas representativas das controvérsias, enquanto identificam temas que, pela particular relevância, serão encaminhados e julgados pelo STF, com poder de sobrestamento das demais causas que tenham por objeto o mesmo tema. Mais do que isso, nos assuntos em que o STF decida não haver repercussão geral, subsiste, agora valorizado, o entendimento de cada tribunal.

Para além da institucionalização da Repercussão como “gestão compartilhada”, que creio seja a melhor expressão que define a atuação do Poder Judiciário no que concerne a esse instituto, a constante troca de informações torna

viável o conhecimento qualitativo do acervo dos tribunais, o que conduz a uma prestação jurisdicional mais efetiva, com a quantificação e o dimensionamento dos impactos sobre a sociedade, cuja referência deve ser preponderante no sistema.

Como se vê, não sem motivo o instituto da repercussão geral tem merecido atenção prioritária do Supremo Tribunal Federal, que lhe dedicou e dedica trabalho intenso de todos os Presidentes e das respectivas equipes, desde o início de sua implementação.

Foram aprovadas significativas modificações regimentais e administrativas para fortalecer e garantir a efetividade do instituto. Criou-se o plenário virtual para julgamento da questão da repercussão geral, possibilitando que as manifestações e os votos sejam proferidos em meio eletrônico, com prazo de 20 (vinte) dias, para concretizar a desejável celeridade, sem prejuízo de prazo suficiente para reflexão.

Os gabinetes dos Ministros e as áreas administrativas foram adaptados ao gerenciamento do instituto.

Introduziu-se espaço exclusivo no sítio eletrônico do STF para pesquisa e acompanhamento dos temas.

Foi instituída, este ano, Comissão de Apoio à Repercussão Geral, formada por acadêmicos, advogados e outras pessoas que atuaram, desde o início, na implantação da sistemática do instituto, para assegurar seja, ao propósito, difuso o conhecimento e considerados todos os pontos de vista desses atores.

Além disso, tendo em vista a crescente necessidade de produção de conhecimento sobre a matéria e de busca de soluções aos desafios enfrentados cotidianamente, foi realizado, nos dias 17 e 18 de novembro, em parceria com o Ministério da Justiça, seminário sobre o tema, que contou com a participação de advogados, procuradores, magistrados e servidores de diversos tribunais. Como resultado, várias propostas foram apresentadas para o aperfeiçoamento do sistema, como a elaboração de dispositivos padrão relativos à repercussão geral para os regimentos internos dos demais tribunais.

Foi concebido, por fim, novo regime de gerenciamento por temas, que visa a facilitar-lhes a compreensão, para além de reafirmar a importância das questões para a repercussão geral, e já não de cada processo individual, pois se

cuida de instituto que em muito se aproxima ao do controle concentrado de constitucionalidade.

No que diz respeito aos tribunais, colhem-se não poucos exemplos de boas práticas, com a criação de estruturas especializadas e métodos inovadores de gerenciamento e disponibilização de dados.

Os números falam por si. Desde 2007, o Supremo teve diminuição de 75% (setenta e cinco por cento) dos feitos distribuídos. Essa saudável redução significa, numa de suas dimensões, rapidez na análise dos temas mais conspícuos. Contam-se, hoje, 338 temas examinados sob o prisma da repercussão geral, dos quais já foram julgados, no mérito, 76. Diversas questões de direito tributário tiveram importância reconhecida, como o tiveram ainda outros temas, como, por exemplo, a incidência de taxa de juros em precatórios, a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, aspectos ligados à inelegibilidade e casos de validade de gravação ambiental. (BRASIL, 2011b, p. 1-5).

A centralidade do número de recursos em tramitação parece, a um olhar inicial, ser inevitável, o que justificaria, com sobras, tanto o destaque que esse ponto assume nas entrevistas transcritas e nos relatórios produzidos pela corte. Porém a segunda das entrevistas mencionadas, em sua parte final, e o segundo trecho do relatório anual transcritos parcialmente acima são reveladores de que essa redução do número de recursos em trâmite possibilitará um adensamento do papel do Supremo Tribunal Federal se a seletividade no exame desses recursos voltar-se para uma maior e mais fácil visibilidade da narrativa produzida pelo tribunal quanto ao sentido de direitos fundamentais. Nas palavras do relatório em questão “Cabe também ao Supremo responsabilizar-se pela disponibilidade eficiente de dados claros e bastantes, não somente para o Poder Judiciário, mas também para os jurisdicionados, e velar pela manutenção de adequado canal de comunicação permanente entre todos os interessados” (BRASIL, 2011b, p. 3).

Contudo, embora o ministro Ricardo Lewandowski sustente que o papel da corte requer que ela se debruce sobre casos com a profundidade requerida pela complexidade do drama humano envolvido nelas (o exemplo utilizado por ele é a apreciação da constitucionalidade de parte da chamada Lei de Biossegurança), essa seletividade é simultaneamente pensada como o afastamento de casos que são tomados como “repetitivos” (LEWANDOWSKI, 2010, p. 2). Podem ser ressaltados dois aspectos nesse ponto. Em primeiro lugar, tal forma de pensar retoma o argumento numérico, justificando que a entrevista afirme que dados estatísticos são em si mesmos evidentes (“os números falam por si”), não diferindo aqui do teor da primeira entrevista transcrita, na qual se debate uma “quantidade ideal” de recursos a serem examinado pela corte (PELUSO, 2010, p. 2). Em segundo lugar, ela se apoia no suposto de que casos possam ser efetivamente tomados como idênticos, e essa suposição tem aqui efeitos para além já mencionada desconsideração da irrepetibilidade, sob a perspectiva hermenêutico-filosófica, dos casos em suas singularidades.

Destacam-se aqui as pretensões excessivas mencionadas há pouco. Uma delas é a de que a corte possa incorporar na análise de um caso elementos temáticos suficientes que lhe permitam gerar mais do que sentidos a serem reinterpretados e aplicados nas decisões correlatas, mas sim um repertório de temas cuja solução verdadeiramente antecipe e substitua os julgados pendentes nas demais cortes, mediante juízos sumários (repita-se, a expressão é da própria lei regulamentadora do instrumento da repercussão geral) de incidência que, em princípio, aparentam estar pouco voltados à análise da adequação das razões de decidir utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no caso ou casos que tomou como paradigmas aqueles que ainda aguardam decisão nas instâncias judiciárias inferiores. Essa aparência emerge tanto do fato de que o “banco de dados”

temático em torno da repercussão geral apenas enuncia de forma sintética os posicionamentos tomados (síntese que, como todo resumo, é um necessário recorte que desconsiderará ao menos parte dos debates empreendidos no julgamento dos casos paradigmáticos), como também da compreensão de membros da corte de que o instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários, gerenciado por temas (significativamente, não por casos), tem como propósito “reafirmar a importância das questões para a repercussão geral, e já não de cada processo individual, pois se cuida de instituto que em muito se aproxima ao do controle concentrado de constitucionalidade.” (BRASIL, 2011b, p. 5). O que revela uma compreensão da repercussão geral dos recursos extraordinários – e do papel da corte na narrativa de sentidos aos direitos fundamentais – que insiste na produção de discursos temáticos que são pretendidos com gerais para então, a partir dessa generalidade, considerar como já resolvidas as questões concernentes a sua aplicação às situações particulares⁷¹.

É nessa conexão que se acha uma segunda pretensão excessiva abrigada por tal forma de uso do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários. Cuida-se da suposição de que, na generalidade desses discursos temáticos, a corte possa efetivamente incorporar o debate sobre argumentos tão amplos e variados que permitam

⁷¹ Notícia do sítio institucional do Supremo Tribunal Federal, datada de 17 de dezembro de 2010, parece confirmar essa leitura: “Entrou no ar, nesta sexta-feira (17), o projeto de Gestão por Temas da Repercussão Geral. Todos os temas passam a ser individualmente especificados, com um título e um assunto, propiciando a correta identificação da tese discutida pelo Supremo. Facilita-se, desta forma, o acompanhamento, a busca, o entendimento, a delimitação e a aplicação das teses sujeitas à repercussão geral pelos tribunais e advogados. Tão logo seja inserido um novo tema no plenário virtual, será este numerado de maneira sequencial e automática. O acompanhamento do tema será feito com base no seu número identificador e não mais com base no recurso paradigma. As vantagens são claras: independentemente do desfecho do caso concreto, a evolução do tema será registrada e não se perde o seu histórico. Já a descrição dos títulos e assuntos será divulgada tão logo a Corte decida acerca da existência ou não de Repercussão geral no caso. Todos os sistemas foram adaptados para a nova sistemática, sendo possível a devolução do processo com a anotação do número do tema, atendendo demanda antiga dos tribunais para aperfeiçoamento de gestão do acervo. [...] Para continuar as inovações, está também previsto para o ano de 2011 modificação profunda do layout e do sistema de busca na internet, além de um sistema de ‘push’ com base no número do tema.”(INAUGURADO, 2010, p. 1).

tomar como legitimamente solvida toda a multiplicidade de casos em curso sobre os temas tratados. A ação desencadeada pela corte, a partir desse suposto, contrapõe-se a um sentido de legitimação procedimental necessário ao Estado Democrático de Direito. A legitimação de autoridade em uma democracia constitucional hoje pode ser percebida não apenas como produto da crença na autoridade, e nem somente nas razões dessa autoridade, mas sim na percepção de que tais razões decorreram de um procedimento no qual todos aqueles sujeitos aos efeitos da decisão percebam-se como parte do processo decisório (HABERMAS, 2003, p. 199-200). Todavia, precisamente por isso é que a análise dessa legitimidade há de considerar a multiplicidade de níveis e de condições de justificação de seus argumentos sob uma perspectiva aberta, tanto sincrônica quanto diacronicamente (HABERMAS, 2003, p. 2004). Vale dizer, a complexidade presente e passada dos temas tratados na narrativa sobre o sentido dos direitos fundamentais de uma comunidade política requer daqueles envolvidos em sua construção – em especial dos institucionalmente envolvidos nela – ao menos uma clareza: a de que sua precariedade não permite mais do que discursos adequados à singularidade dos casos postos um a um.

Uma reforma parcial no desenho da repercussão geral dos recursos extraordinários, feita em dezembro de 2010, é indicativa de que o próprio Supremo Tribunal Federal já se tem deparado com os limites dessa pretensão excessiva. O sítio institucional da corte, em notícia datada de 1 de dezembro daquele ano, informou:

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram em sessão administrativa realizada logo após a sessão plenária de hoje (1º) alterar o Regimento Interno da Corte (artigo 323) para permitir que o ministro presidente

atue como relator dos recursos extraordinários durante o processo de reconhecimento de repercussão geral.

Caso a repercussão geral do tema tratado no recurso seja reconhecida, o processo será então distribuído, mediante sorteio, a um ministro relator. O artigo 13 do Regimento Interno já permite que o presidente do STF atue como relator em recursos extraordinários e agravos de instrumento até eventual distribuição, mas diante de dificuldades de gerenciamento interno dos recursos representativos da controvérsia, a nova alteração foi proposta.

Para dar celeridade e simplificar o julgamento de recursos em que se aplica a jurisprudência pacífica da Corte, foi aberta a possibilidade do julgamento de mérito desses processos por meio eletrônico (Plenário Virtual). Essas alterações foram aprovadas contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Na sessão desta noite também foi alterado mais um artigo do Regimento (art. 325) com o objetivo de fortalecer o instituto da repercussão geral, fazendo com que os chamados “representativos da controvérsia” cumpram seu verdadeiro papel, ou seja, forneçam o maior número possível de subsídios relativos ao tema objeto do recurso, já que o entendimento a ser fixado pelo STF será uniformizado.

Na sistemática atual, o ministro relator tem acesso a um número reduzido de processos, sendo os demais, de outros relatores, devolvidos por decisão monocrática à instância de origem, para que lá aguardem a decisão do STF.

Com isso, os diferentes argumentos trazidos nos diversos processos não são aproveitados. A emenda regimental resolve este problema, na medida em que permite ao ministro relator do recurso paradigma fazer uma reunião de processos, para que possa fazer uma análise mais ampla da questão tratada. (STF, 2010, p. 1)

A mudança traz em si o reconhecimento da tensão que há entre a singularidade dos casos e a pretensão, abrigada pelo Supremo Tribunal Federal, de que suas decisões sejam por si só suficientes a uma generalidade de casos outros não examinados pela corte. E mesmo essa alteração se fez, como noticiado, em uma perspectiva na qual o fortalecimento do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários da-se

por meio de uma concentração de atribuições monocráticas (seja aos relatores dos processos, seja ao presidente da corte) ou pelo estabelecimento de sistemas não presenciais de deliberação.⁷²

Não se trata, pois, de uma incompreensão por parte do Supremo Tribunal Federal de que um texto constitucional seja – como de resto qualquer texto – aberto à interpretação, resultando no que Ronald Dworkin chamou apropriadamente de direitos não enumerados (DWORKIN, 1992, p. 387), mas sim a incompreensão de que o discurso produzido pela corte, vindo da interpretação das normas gerais para um ou mais casos concretos, requererá, a fim de ser tomado como parâmetro para demais casos, um novo juízo de adequação. Por tal razão, a narrativa produzida pela corte não poderá substituir o trabalho necessário pelas demais instâncias judiciárias nessa adequação, nem as desonerar dessa tarefa. E isso não somente porque tais instâncias poderão estar em contato com especificidades que em princípio não foram examinadas pelo Supremo Tribunal Federal (cumprindo-lhes então realizar o *distinguishing* já conhecido da forma de argumentação no *common law*), mas também porque as interpretações emanadas da corte mais alta, se compreendidas como fechadas em si mesmas, ignorarão a leitura que atores sociais passam a opor à argumentação vinda da corte. É nesse sentido que John

⁷² A emenda regimental comentada fez incluir o artigo 325 – A, no regimento interno daquela corte, com a seguinte redação: “Art. 325-A. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema”.

Ainda deu nova redação ao art. 323 daquele regimento e fez incluir o artigo 323-A, sendo o teor deles: “Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Nos processos em que o Presidente atuar como relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito.

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.” (BRASIL, 2011a, p. 154-155).

Ely indica que as cortes certamente fazem parte do discurso social sobre o direito, mas jamais, democraticamente. esgotam-no (ELY, 2002, p. 38).⁷³ Mesmo o Relatório de Atividades de 2010, como se lê da transcrição já feita, reconhece que a instituição de uma comissão de apoio à repercussão geral , ainda que “formada por acadêmicos, advogados e outras pessoas que atuaram, desde o início, na implantação da sistemática do instituto”, pode apenas levar à consideração dos pontos de vista desses atores – e não mais do que isso (BRASIL, 2011b, p. 5). Mas o que a forma constitucional permite ver de modo mais claro é que o conteúdo das garantias fundamentais não está à completa disposição das cortes (nem mesmo das que ocupam a posição mais elevada nos sistemas judiciários) precisamente porque uma constituição faz da supremacia judicial um poder exercido cuja função primeira é impedir que os sentidos das normas fundamentais sejam apropriados por interesses ou visões particulares, aí incluídas as da própria corte (KRAMER, 2004, p. 213-214 e 224-225).

Porém, o indicativo possivelmente mais relevante extraído da análise desses elementos é que a corte, embora lidando com a natureza principiológica das normas constitucionais, tem grande dificuldade em ver a função principiológica contida na exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. O desenho institucional adotado para sua regulamentação (diretamente pela corte, mediante seu regimento interno, e ainda através do acatamento, pelo legislativo federal, da quase totalidade da proposta de lei processual encaminhada por ela) por certo já indicava a crença da corte na possibilidade de que a leitura de textos

⁷³ É bem verdade que John Ely confessadamente abraça a posição de que ao aplicar o direito, atribuindo sentidos às garantias fundamentais, os julgadores devam atuar axiologicamente em substituição aos representantes políticos eleitos na situações em que esses não possam efetivamente atuar (ELY, 2002, p. 182-183) – perspectiva da qual se discorda na presente pesquisa. Não obstante, a advertência feita quanto aos limites do que a corte pode pretender na sua relação junto ao debate público mantém-se válida.

seja controlável mediante a edição de mais textos; porém, na entrevista dada pelo ministro Cesar Peluso, observa-se algo que escapa à corte. Ao insistir por novos textos normativos (especialmente de direito processual) que restrinjam o número de recursos possíveis para o sistema judiciário como um todo, o grande volume de recursos interpostos para a corte é atribuído ao fato de a constituição brasileira de 1988 possuir um texto extenso. Esse texto é então apontado como analítico e, por isso, facilitador da tematização processual de questões constitucionais perante a corte. Mas essa é uma noção que desconsidera a natureza aberta e complexa das normas constitucionais, tendendo a reduzi-las a texto⁷⁴, sem notar que essa seletividade já é de fato realizada, quando menos, na escolha necessária feita por cada componente da corte quanto ao que de fato pode dedicar exame pessoal e ao que não o fará. É o que o ministro Cesar Peluso termina por admitir, quando diz ser humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe, até porque não é possível a qualquer julgador o exame de 10.000 ações em um ano (PELUSO, 2010, p. 19).

A existência de uma seletividade extrema quanto aos casos que merecerão o exame direto e detido de cada ministro na corte já ocorre como condição fática necessária ao prosseguimento das atividades do tribunal, e em intensidade bem maior do que aquela vem se desenhando através do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários. Ante essa constatação, é possível levantar duas questões de grande importância para o objeto investigado nessa pesquisa. A primeira concerne à relação

⁷⁴ “... voltando aos que pretendem um texto ‘enxuto’, a quantidade de palavras da Constituição não determina o seu envelhecimento. Ela será sempre objeto de interpretação, e esta tomará sentidos distintos para pessoas distintas, em momentos também diversos ao longo do tempo. Mesmo a Constituição dos EUA, saudada como modelo de concisão e que por isso teria durado mais de duzentos anos, não poderia durar por tanto tempo se não fosse compreendida como objeto desta interminável reconstrução interpretativa. [...] A vitalidade da Constituição norte-americana reside não em seu texto ou ‘tamanho’, mas na absoluta compreensão de que o seu sentido é sempre o resultado de uma interpretação. A Constituição dos EUA comporta não apenas o que está contido no texto, mas também um imenso número de decisões judiciais e administrativas sobre o seu significado, para não falar das incontáveis formas em que as liberdades e garantias são vivenciadas nas relações sociais.” (OLIVEIRA, 2006, p. 10).

entre legitimidade e a possibilidade de crítica pública à pauta da corte, e a segunda toca as consequências da atual compreensão e operação desse instrumento processual pela corte, no que tange à leitura do direito como integridade.

A primeira questão requer um olhar que compreenda a interdependência entre o princípio discursivo e a forma do direito em uma democracia constitucional. Essa interconexão, observada por Jürgen Habermas como necessária ao direito em meio à complexidade de uma modernidade reflexiva, partindo da afirmação de igual liberdade e respeito entre todos os integrantes de uma comunidade política, faz derivar dessa exigência de liberdade direitos fundamentais outros que devam ser efetivamente acionáveis de forma autônoma – isso é, limitando outras formas de pretensões que venham a se opor a eles (HABERMAS, 1998a, p. 122). Desse modo, tanto forma como conteúdo constitucionais não são elementos dos quais se possa dispor para descarte, e é a leitura compromissada que se pode fazer do papel da corte no exercício dessa articulação delicada e produtiva entre soberania que permitirá a produção de uma narrativa sobre o sentido de direitos fundamentais que atenda ao que Jürgen Habermas aponta como necessário à obtenção paradoxal da legitimidade pela via da legalidade: a assunção, pelas instituições encarregadas da aplicação do direito, de que a legitimação de seus atos não é pressuposta, mas requer uma demonstração, junto ao fluxo comunicativo aberto de uma sociedade, de razões para essa narrativa que observem de modo permanente a indisponibilidade da forma e do conteúdo constitucionais (HABERMAS, 1998a, p. 131).

A função dos tribunais – de uma forma geral – em democracias constitucionais deve ser a produção de uma narrativa na qual a aplicação dos direitos, fundada em razões de adequação específica às condições concretas de sua incidência, permite que seja invocada uma validade universalizável para as norma aplicadas, cumprindo nesse

particular aquilo que o processo formador do direito não pode por si fazer, porquanto esse último vive a tensão entre um debate necessariamente valorativo e a impossibilidade constitucional de que valores sejam universalizados (HABERMAS, 1998a, p. 284-285).

Não há com desconsiderar que a possibilidade de crítica pública à pauta efetiva da corte mais elevada em um sistema judiciário compõe uma parte expressiva da viabilidade procedimental de legitimar a narrativa produzida por ela. Por isso, faz grande diferença entre o cumprimento pela corte, ou não, de seu papel em uma democracia constitucional. As liberdades que se voltam à preservação do fluxo comunicativo ao qual Jürgen Habermas chama de sociedade civil após a modernidade são mais do que uma parte de suas garantias fundamentais. Elas são também constitutivas desse próprio fluxo, porquanto a comunicação social produzida ali é autorreferencial (HABERMAS, 1998a, p. 368-369). Se a repercussão geral dos recursos ordinários é operada sob o pressuposto de que textos controlem aprioristicamente a compreensão de outros textos, a redução numérica de processos obtida por esse instrumento encontrará um limite. É que cumprirá à própria corte falar sobre as distinções entre os paradigmas utilizados por ela na edição dos enunciados de repercussão geral e a multiplicidade inesgotável e imprevisível de novas situações que surjam nos temas que se pretendiam já resolvidos. Desse modo, obrigado formalmente ao exame de um número de casos imensamente maior do que o número tratado, por exemplo, pela corte norte-americana, persistem as condições que levaram ao surgimento, no Supremo Tribunal Federal, da seletividade exercida nos termos da entrevista dada pelo ministro Cesar Peluso.⁷⁵

⁷⁵ Essa entrevista, como se lê do trecho transcrito nas páginas anteriores, estima como ideal a redução do número de casos para o patamar ainda espantoso de cerca de cinquenta causas mensais para cada ministro, totalizando seis mil e seiscentos julgamentos por ano. Um número que, nas palavras do entrevistado, “já seria um absurdo se comparado ao volume de trabalho da corte americana.” (PELUSO, 2010, p. 19).

Claramente, a corte insiste na compreensão da repercussão geral dos recursos extraordinários como um mecanismo de controle da pauta da corte através de textos que, pretensamente, estabeleceriam de antemão a leitura de outros textos, na esperança de que a redução do número de processos em trâmite resulte da ideia de que os casos futuros sobre o mesmo tema já se acham decididos. Porém, mesmo que tomados os números que o ministro Cesar Peluso almeja como ideais, o que se obtém ao final é uma pauta que, por um número excessivo de processos ante a natureza extraordinária da corte, mantém a atual imunidade do tribunal contra a crítica à seletividade que ele de fato exerce relativamente aos casos que receberão debate efetivo. De modo paradoxal, o esforço de controle funcional desenvolvido pela corte tende a contribuir muito pouco na densificação de seu papel de referenciar legitimamente uma parte expressiva da narrativa sobre o sentido da constituição. Sem uma exposição pública efetiva de suas reais decisões quanto à construção de sua pauta, diminui a incorporação, nos procedimentos de aplicação de normas jurídicas, dos dissensos que tematizam a complexidade das relações sociais contemporâneas (HABERMAS, 1996, p. 148) e que permitem ao aplicador do direito atuar melhor ante uma sociedade cujo risco e a fluidez são inerentes (BAUMAN, 2007, p. 7; BECK, 2005, p. 212-213). Não é desejável que se tomem pressões públicas como razões para se operar a indistinção entre direito e política, ou entre direito e religião, por exemplo. Contudo, há um vínculo entre a crítica pública que se possa fazer à escolha de pauta feita e a legitimidade que há de reforçar seu papel simbólico. Uma vez que essa escolha será efetuada, como visto, em termos de fato bem mais estritos do que o modo atual em que a repercussão geral dos recursos extraordinários vem sendo compreendida pela própria corte, essa seletividade tem um impacto muito forte nas perguntas que Cass Sunstein levanta ante uma leitura

constitucional que reconheça a pluralidade que a caracteriza: que confiança pode ser depositada nos julgadores encarregados de interpretá-la? Que confiança as tradições interpretativas podem democraticamente reclamar para si? Um caminho para essa resposta, proposto por esse autor, não diverge de uma aplicação da perspectiva habermasiana quanto ao que se requer discursivamente da razão comunicativa desencadeada pela modernidade (HABERMAS, 2000, p. 26): igual consideração e respeito por todos os argumentos públicos produzidos em torno do procedimento das cortes (SUNSTEIN, p. 215-216).

Há aqui um argumento relevante no que toca o papel da opinião pública quanto à comunicação produzida pelos tribunais. Se uma opinião rigorosamente pública só pode estabelecer-se quando setores formal e informal de comunicação passam a ser intermediados por mecanismos de publicidade crítica, a complexidade sociológica contemporânea busca de forma contínua a participação de pessoas privadas no processo de comunicação formal conduzido internamente pelas instituições (HABERMAS, 1984, p. 287). A recursividade compartilhada dessas opiniões permite que o momento fundante de uma comunidade política, ao afirmar-se formada por membros livres e iguais, permaneça aberto quanto ao significado do que tais liberdade e igualdade representam (HABERMAS, 2006, p. 123). Cuida-se todavia uma abertura que, obviamente, destina-se à produção de um conteúdo substancialmente adequado à contingência presente. Se a liberdade afirmada por uma constituição desonera os membros de uma comunidade política de concordarem valorativamente entre si, ao menos no sentido valorativo dessa expressão, decorre daí que o compartilhamento dessa recursividade de opiniões produzirá legitimidade quando exercido sob uma perspectiva procedimental. Tal legitimidade desempenhará um papel de imensa importância na plausibilidade que

normas possam ter em uma sociedade cuja único vínculo é a comunicação (HABERMAS, p. 448).

A questão restante a ser tratada nessa pesquisa se relaciona, como dito, com a leitura do direito como integridade ante a forma como o Supremo Tribunal Federal tem operado e compreendido a repercussão geral dos recursos extraordinários. A noção de que perspectiva diacrônica em torno do sentido das garantias fundamentais de uma comunidade política deve possuir um encadeamento narrativo não afasta a visibilidade de rupturas nessa narrativa, mas põe o aplicador do direito na posição desafiadora de interpretar a própria história que vivencia e justificar sua interpretação ante ela, tarefa da qual ele não se pode desonerar mediante quaisquer artifícios metodológicos outros, requerendo-se dele a mais completa imersão no drama singular que cada conflito jurídico expressa (DWORKIN, 2000, p. 235 e 240). Dessa forma, “as proposições de direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas.” (DWORKIN, 2000, p. 219). Essa afirmação ajuda a compreender, por exemplo, por que na experiência norte-americana tentativas de nomeação de ministros estritamente compromissados com uma leitura “textual” da constituição tem obtido resistência até de parlamentares conservadores. No exemplo da tentativa fracassada de indicação do então juiz federal Robert Bork (um conhecido “originalista estrito”⁷⁶) para o cargo de ministro daquela corte, pelo então

⁷⁶ Cf. a conclusão de artigo intitulado “A constituição, intento original e direitos econômicos”, em que Robert Bork afirma: “A conclusão, creio eu, deve ser a de que somente se limitando à intenção histórica subjacente a cada norma constitucional é que os juízes podem evitar tornarem-se legisladores, evitar a imposição de suas próprias preferências morais, e assegurar que a constituição seja observada. No que tange aos direitos econômicos, isso significa que devemos nos afastar do glamour do discurso filosófico abstrato e nos voltar para a tarefa mundana e difícil de descobrir o que os Fundadores estavam tentando obter por meio das normas constitucionais relativas à força

presidente Ronald Reagan, em meados de 1987, o senador George John Mitchell teria utilizado manifestado verbalmente a seguinte opinião, segundo o registro do historiador Barry Friedman: “O povo americano concorda com a Suprema Corte. Ele não concorda com o juiz Bork” (FRIEDMAN, 2009, p. 281). Dificilmente se poderia tomar de forma estrita a afirmação do senador Mitchell como verdadeira. A expressão “povo americano” carrega em si mais contradições e complexidades do que a aparência de simplicidade que lhe foi emprestada. Mas – e esse é o ponto - “nos anos que se seguiram à presidência de Warren na corte, tanto liberais como conservadores tentaram controlar a direção do direito constitucional pela definição de como os ministros deveriam interpretar a constituição. Mas os ministros se portaram de forma independente, e a maioria do povo americano pareceu aprovar isso” (FRIEDMAN, 2009, p. 281).

Mesmo quando as decisões sobre o sentido de normas jurídicas se pretendem objetivas, essa objetividade é sempre resultado de uma interpretação (DWORKIN, 2000, p. 262). Por isso, quando buscamos coerência na observação diacrônica dos sentidos que são atribuídos às liberdades fundamentais, é preciso, quando menos, uma postura cônica da própria contingência dessa narrativa, de sua historicidade. A intenção de que uma descrição – bastante sumária, em princípio – de decisões tomadas em casos específicos possa, antes mesmo da publicação de seus fundamentos e dos argumentos considerados neles, servir não somente como baliza, mas como decisão já acabada para outros casos desafia o cuidado que se há de ter ante essa contingência.

Esse cuidado, em termos filosófico-hermenêuticos, é enunciado pela exigência de uma postura reflexiva diante da própria historicidade, mediante um esforço para a clareza quanto à especificidade das circunstâncias nas quais as tradições (pré-

vinculante dos contratos privados e ao uso privado da propriedade pública.” (BORK, 1986, p. 832, tradução livre).

compreensões) são forjadas, até porque tal clareza é igualmente necessária à intersubjetividade. A importância dessas afirmações para o que se examina na presente pesquisa reside na conclusão que Hans-Georg Gadamer extrai delas, qual seja, “o indivíduo singular que não se experimenta diante do tu, ao qual ele abre a possibilidade de dizer algo, também não pode se compreender” (GADAMER, 2007, p. 143-144), porquanto é na réplica do outro que o intérprete experimenta seus limites de maneira nova (GADAMER, 2007, p.25). A compreensão feita por um intérprete – que é simultaneamente a aplicação dada por ele a um texto – somente possui um mínimo de reflexividade quando se abre a um confronto intersubjetivo de seus pressupostos.

Para examinar a prática do Supremo Tribunal Federal em torno dessa reflexão, faz-se um recorte aqui, em torno das deliberações dessa corte sobre a ausência ou presença de repercussão geral em recursos extraordinários que versam de forma mais direta sobre os chamados direitos sociais. Por certo há uma tautologia nessa classificação, eis que não há litígio em torno de direitos fundamentais que não seja, ao mesmo tempo, um debate sobre o sentido social dessas garantias. Mas tal recorte se justifica quando tomada a expressão em seu significado jurídico corrente, porquanto tal significado torna expressa a noção de que direitos fundamentais, mesmo quando observados sob uma perspectiva individual, revestem-se de efeitos meta-individuais.⁷⁷

⁷⁷ Uma passagem bastante interessante de Cass Sunstein ilustra essa ideia: “Argumentei que o princípio da não segregação expressa uma parte importante do compromisso da constituição para com a igualdade, mas também disse que tal princípio não exaure o sentido constitucional da igualdade. Uma constituição democrática não deve tentar assegurar que as pessoas não viverão em condições desesperadoras? Não deve criar direitos contra a fome ou contra a falta de moradia? As respostas a essas questões apontam para o que bem pode ser a mais relevante diferença entre as garantias constitucionais no final do Século XVIII e no início do Século XIX e as garantias constitucionais contemporâneas. Antes do Século XX, constituições democráticas não mencionavam direitos à alimentação, moradia e assistência à saúde. Em tempos mais recentes, direitos desse tipo são em geral assegurados nos termos mais explícitos possíveis. Um recurso notável da opinião internacional – na verdade quase um consenso – de que direitos socioeconômicos merecem proteção constitucional.” (SUNSTEIN, 2001a, p. 221, tradução livre).

Lawrence Tribe e Michael Dworf sintetizam – com razão – que a pergunta-chave do direito constitucional ao intérprete é que argumentos podem assentar as razões pelas quais um direito deve ser tomado como fundamental. Porém, cuida-se de uma pergunta que há de ser respondida, segundo esses mesmos autores, mediante argumentos que, à vista de casos concretos, e por força das circunstâncias específicas desses casos, demonstrem a possibilidade da generalização das liberdades fundamentais (TRIBE; DWORF, 2007, p. 94 e 97). E por esse motivo, em uma interessante analogia entre o sentido contemporâneo que se pode dar ao raciocínio matemático, os argumentos para a demonstração dessa possibilidade de generalização jamais são abstratos, mas sim ofertados a um conjunto de refutações que considerará sempre a sua aplicação a cada problema concreto (TRIBE, DWORF, 2007, p. 120). Dito de outra forma: o estabelecimento de parâmetros para os significados que as garantias fundamentais assumem (como de resto também se dá em qualquer aplicação de normas jurídicas) somente opera produtivamente a tensão entre liberdade e igualdade se igualmente reconhecer seu papel mediador em outra tensão, aquela entre a validade geral e abstrata das leis (*fairness*, certeza do direito) e a realização de justiça na especificidade dos casos concretos (DWORKIN, 1999, p. 291). Chega-se portanto à percepção paradoxal de que, sob o ponto de vista discursivo, a validade geral que uma norma pode reclamar para si deve ser demonstrada mediante a adequação ao caso em que se pede sua incidência (GÜNTHER, 1993, p. 44).

Nos limites do recorte traçado acima, como Supremo Tribunal Federal tem operado o instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários?

Dos 338 temas envolvendo tal instrumento, examinados até o final de 2010 por essa corte, em apenas 37 deles (pouco mais que dez por cento do total, portanto) a corte

se voltou para o exame de questões relacionadas de forma mais direta aos chamados direitos sociais. Em 22 casos, ela reconheceu a existência de repercussão geral nos respectivos recursos extraordinários (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a), e desses somente 9 tiveram a questão de fundo já apreciada. Em 15 deles não foi reconhecida a repercussão geral (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). Curiosamente, a repercussão geral dos recursos extraordinários tem servido proporcionalmente pouco à construção do sentido dessas garantia sociais fundamentais, garantias que, como dito, têm nessa repercussão uma de suas marcas características.

Examinadas as decisões em que essa repercussão foi admitida pela corte⁷⁸ – decisões, em sua quase totalidade, bastante sumárias em seus argumentos – algumas linhas de raciocínio se destacam. No julgamento da Repercussão Geral em RE 565.714 SP, relatado pela ministra Carmem Lúcia, a corte reconhece essa repercussão a partir da existência de julgados colidentes entre si no âmbito do próprio tribunal, mas simultaneamente busca essa repercussão geral na antevisão de que as razões a serem proferidas no julgado hipoteticamente balizariam relações jurídicas outras cujas semelhanças são meramente projetadas pela corte, sem que um outro precedente esteja sendo concomitante examinado no qual essa analogia pudesse ser ao menos testada em concreto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). Os fundamentos aqui expressam tanto a pretensão de que esse instrumento atue como controle das interpretações futuras, deixando de observar que, se é possível ao aplicador do direito ignorar a tensão presente

⁷⁸ São as decisões proferidas nos seguintes casos, do mais remoto ao mais recente: Repercussão Geral em Recurso Extraordinário números 545.714 SP, 570.177 MG, 566.471 RS, 576.967 PR, 570.908 RN, 567.965 MT, 563.708 MS, 567.110 AC, 597.389 SP, 575.089 RS, 578.801 RS, 582.019 SP, 572.921 RN, 596.701 MG, 587.970 SP, 584.388 SC, 596.478 RR, 603.451 SP, 584.313 RJ, 597.285 RS, 630.501 RS, 597.124 PR (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

na atividade de mediação entre o geral e o particular, não lhe é possível, correta ou incorretamente, deixar de exercer essa mediação.

O argumento numérico puro e simples também é fundamento pelo qual foi acolhida repercussão geral no exame preliminar do Recurso Extraordinário 570.177 MG, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). No caso, sendo debatido alcance da garantia constitucional do salário mínimo e sua aplicação aos praças nas forças armadas, o entendimento da corte foi que a decisão afetaria o grande contingente de conscritos ao serviço militar obrigatório. Esse também foi o fundamento abraçado pelo tribunal ao examinar a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 596.478 RR, relatado pela ministra Ellen Gracie. O caso versava sobre a constitucionalidade do recolhimento de contribuições ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço quanto a servidores cujos contratos foram reconhecidos como nulos, porquanto seu ingresso no emprego público não foi precedido de aprovação em concurso, e nele a repercussão geral do tema foi acolhida com o único argumento “...o assunto alcança, certamente, grande número de interessados” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

A partir dessa questão de números, uma tese “defensiva” emerge de modo ainda mais direto dos fundamentos do Recurso Extraordinário 578.967 PR, relatado pelo ministro Marco Aurélio (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). Nele, a corte entende necessário vincular o alcance da constituição no que tange ao custeio e concessão do benefício previdenciário do salário-maternidade, diante da possibilidade de que a nova disciplina legal dada gerasse um afluxo de milhares de novos casos. Em um terceiro julgamento, esse relatado pela ministra Carmem Lúcia – a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 570.908 RN – diante do debate quanto ao alcance da norma

constitucional que ordena o acréscimo de um terço no pagamento das férias no que tange aos ocupantes de cargos públicos comissionados, a expressão textual da corte é a de que deve ser observada “...a necessidade de o Supremo, como guarda maior da Carta da República, fixar o alcance da garantia constitucional, editando, após o julgamento, verbete vinculante que passará a integrar a Súmula, ficando, com isso, pacificada a matéria” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). Mesmo diante de caso em que se debatia a irradiação dos efeitos normativos de um princípio constitucional (direito universal à saúde) às relações contratuais privadas (seguros de saúde, planos de assistência médica privados), o argumento da corte na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 578.81 RS, relatado pela ministra Carmem Lúcia, foi de que

Além da transcendência de interesses, pois o universo de contratos de saúde é enorme, há relevância social e econômica no tema: a primeira, em face dos beneficiários de planos de saúde, que saberão, definitivamente, se a nova lei de planos de saúde pode, ou não, ser aplicada aos contratos anteriormente firmados; a segunda, em relação às administradoras de planos de saúde, pois as modificações legais geram alterações no custo de manutenção do sistema. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

Para além da curiosa e subjacente vinculação entre relevância econômica e interesse de um setor empresarial (contrastada com o interesse dos usuários dos seguros de saúde privados, que é qualificada na decisão como relevância social), o caso também exemplifica a postura em que relevância geral passa a advir de categorias pouco relacionadas às especificidades (“transcendência”, “universo de contratos”). E é até explicável que assim o seja, se o que se busca por intermédio da jurisdição da corte são respostas definitivas e aplicáveis a toda (incalculável) variedade de situações concretas.

A própria corte, em um outro julgado, deu um sentido bastante específico à vinculação interpretativa. Em caso no qual se debatia o alcance intertemporal da Emenda Constitucional 20 de 1998 (BRASIL, 1998b), no que toca à vedação de acumulação de pensões por morte a beneficiários de servidores públicos falecidos (Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 584.388 SC, relatada pelo ministro Ricardo Levandowski), o tribunal afirmou

A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico e econômico, pois o seu julgamento definirá, com base na interpretação dos dispositivos constitucionais supracitados, se é possível a acumulação de pensões por morte, no caso de o servidor aposentado ter reingressado no serviço público, por meio de concurso, antes da edição da EC 20/98 e ter falecido em data posterior ao seu advento. Essa definição servirá de orientação para os diversos tribunais do País e para a administração pública em geral, e poderá acarretar efeitos econômicos relevantes tanto para o regime de previdência dos servidores públicos quanto para os beneficiários que venham a se enquadrar nessa hipótese. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

É visível, portanto, que nesse caso a corte qualifica como econômica a repercussão do tema nos regimes de benefício e de custeio de pensões e, de outra parte, adjetiva como jurídica a repercussão do caso para os fins de vinculação interpretativa.

É também interessante o uso de adjetivos que o tribunal fez no acolhimento da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 597.285 RG, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, que trata da constitucionalidade do chamado sistema de cotas como política de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior:

A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, ações desse tipo pelas universidades.

Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

Nesse argumento se verifica uma clivagem entre o social e o jurídico, no qual uma vez mais o adjetivo jurídico é associado à força vinculativa geral da interpretação dada pela corte. O sentido de relevância social é reservado no caso aos impactos da decisão em políticas públicas educacionais – sentido idêntico ao dado pela corte para a relevância social ao julgar a Repercussão em Recurso Extraordinário 630.501 RS, relatada pela ministra Ellen Gracie, no qual foi debatido o impacto da garantia constitucional dada ao direito adquirido no que tange a sucessivas mudanças no regime de aposentadoria geral da previdência social (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

Tal esforço de controle da interpretação (de toda forma inatingível, ao menos nos termos em que a corte o compreende, como já se argumentou aqui), certamente cobra um preço perante a própria corte. Na busca de que tal controle seja atingido, ela pode se ver diante da necessidade de admitir a repercussão geral de um caso simplesmente porque ela ainda não havia se debruçado sobre um tema após alterações legislativas havidas sobre ele. É o que se deu na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 563.708 MS, relatada pela ministra Carmem Lúcia (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a), na qual a questão posta perante o tribunal era relativa ao sentido das limitações constitucionais, instituídas pela Emenda Constitucional 19 de 1998

(BRASIL, 1998a), à forma de cálculo de adicionais salariais pagos a servidores públicos. Naquela ocasião, o recurso extraordinário é admitido não sob o argumento de a tese recorrida contrariar jurisprudência da corte (até porque a decisão recorrida tratou dele sob o enfoque de um quadro normativo diverso daquele analisado anteriormente pelo tribunal), mas precisamente pelo fato de que a corte ainda não se pronunciou sobre o novo tema. A decisão proferida na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 567.110 AC é semelhante (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). No caso, também relatado pela ministra Carmem Lúcia, a repercussão geral de litígio que envolvia o regime previdenciário dos trabalhadores públicos em atividades insalubres ou perigosas é admitida, em suma, porque a corte ainda não havia tratado o tema sob o enfoque da Emenda Constitucional 20 de 1998 (BRASIL, 1998b). Também ao apreciar a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 575.089 MG, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, em que se discutiam os contornos de direito adquirido à aposentadoria por tempo de serviço anterior à referida Emenda Constitucional 20 de 1998, o tribunal afirma que a questão “tem repercussão jurídica na medida em que servirá de orientação para os diversos Tribunais do país instados a decidir sobre a matéria” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

O enfoque de controle interpretativo dado pela corte parece lhe exigir, portanto, que toda a alteração normativa seja examinada por ela, sob o pressuposto de que se não o fizesse, todo o restante do sistema caminhará “às cegas”. Esse mesmo enfoque termina requerendo mais: exige-lhe que até mesmo as questões já tratadas na jurisprudência da corte, e que não sofreram qualquer alteração em seu quadro normativo, sejam simplesmente reafirmadas apenas porque, embora já decididas, não se lhas havia ainda declarado de modo expresso a sua repercussão geral. Tal fato ocorreu no

juízo da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 582.019 SP, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, que versava sobre a possibilidade de a garantia constitucional de salário mínimo ser atendida, quanto aos servidores públicos, pela somatória de suas parcelas remuneratórias (e não apenas o chamado salário-base). Nos debates transcritos no acórdão respectivo, a unanimidade dos participantes do julgamento revelaram que o propósito de tal declaração era somente autorizar o não recebimento, por decisão monocrática, dos casos semelhantes, e gestar a edição de uma súmula vinculante sobre o tema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

Propósito igual – reafirmar a jurisprudência já assente no tribunal para fins de vinculação interpretativa – motivou a corte a admitir a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 572.921 RN, caso também relatado pelo ministro Ricardo Levandowski, no qual se discutia se adicionais salariais outros podem ter como base de cálculo a complementação de vencimentos paga aos servidores públicos cujos salários-base fossem inferiores ao salário mínimo assegurado constitucionalmente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). A reafirmação da jurisprudência da corte – repita-se, ante um quadro normativo que não se alterou no tema – foi um dos fundamentos determinantes para a admissão da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 603.451 SP, relatada pela ministra Ellen Gracie, que versava sobre a constitucionalidade de vinculação ao salário mínimo de benefício pago por fundo fechado de complementação de aposentadoria (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). O mesmo se deu ainda na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 584.313, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, e que cuidava da extensão a servidores militares federais de reajustes gerais concedidos a servidores civis da mesma esfera, por força do princípio

isonômico, admitida expressamente para “reafirmar a jurisprudência pacificada neste Tribunal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

Quando menos, tais casos são indicativos de mais um paradoxo: quando compreendido como um mecanismo de reforço ao controle interpretativo, a repercussão geral leva a corte à tentativa de substituir todas as demais instâncias judiciárias, seja simplesmente reafirmando o que já vinha dizendo (e que, em princípio, não requereria reiteração ante a permanência do quadro normativo em que esses temas foram decididos), seja assumindo a necessidade de proferir novas decisões sobre toda e qualquer matéria já tratada, quando as normas incidentes sobre ela tenham sofrido alterações. Assim, o que se destinava a reforçar o papel da corte como instância extraordinária na revisão decisões das demais instâncias, poderá em verdade aumentar a carga de trabalho do tribunal.

Na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471 RN, relatada pelo ministro Marco Aurélio (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a), em que o tema era o acesso a medicamentos de alto custo mediante ações individuais, o fundamento de admissão do recurso foi o risco que tal deferimento representa, dadas as limitações orçamentárias do sistema único de saúde. Também no julgamento da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 567.985 MT, relatada por esse mesmo ministro, a questão concernente ao alcance de um benefício assistencial (a prestação continuada paga a idosos carentes) foi considerada como de relevância geral pelo potencial de gerar “grande prejuízo econômico à Previdência Pública, em virtude da possibilidade de a tese ser vinculada em múltiplos processos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a). A somatória desses dois argumentos – a possibilidade de um número elevado de causas

ajuizadas sobre um tema, e os impactos financeiros orçamentários para a previdência pública – são também os argumentos empregados na admissão dos seguintes casos:

- Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 597.389 SP, relatada pelo ministro Gilmar Mendes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a), no qual era debatido o alcance temporal de legislação que estabelecia critérios para a correção do valor de benefícios previdenciários;

- Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 596.701 MG, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, na qual se debatia a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária a servidores militares aposentados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a);

- Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 597.124 PR, relatada pelo mesmo ministro, na qual se tratou da isonomia entre trabalhadores portuários avulsos e empregados quanto ao adicional de risco pela função e ainda na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 587.970 SP, essa relatada pelo ministro Marco Aurélio, em que se examinava a extensão de benefício de assistência social básica a estrangeiros residentes no território brasileiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a).

O exame dos 15 casos restantes nos quais, até o final do ano de 2010, o Supremo Tribunal Feral examinou a repercussão geral de recursos extraordinários que envolviam frontalmente o sentido de direitos sociais⁷⁹ também revela indicativos importantes da compreensão do tribunal quanto ao objeto da presente pesquisa.

⁷⁹ Por ordem cronológica de julgamentos, do mais antigo ao mais recente: Repercussão Geral em Recurso Extraordinário números 570.532 SP, 575.526 PR, 751.763 PR, 584.737 PR, 752.633 SP, 731.954 BA (essas duas apreciadas em agravo de instrumento), 585.392 SP, 590.005 RS, 776.522 RS (julgada em agravo de instrumento), 610.220 RS, 610.223 RS, 738.444 PE (apreciada em agravo de instrumento), 629.057 RS, 818.688 SP e 825.6675 SP (as duas últimas examinadas em agravo de instrumento) – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b.

No segundo mais remoto deles (Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 575.526 PR, relatada pela ministra Carmem Lúcia), a matéria de fundo (extensão de benefícios próprios do regime funcional estatutário aos servidores públicos do Estado do Paraná que originalmente eram ocupantes de empregos públicos) foi considerada local, infraconstitucional e residual, porque demandas em torno da questão tenderiam a se esgotar (já que envolviam diretamente apenas os contratados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988), e, desse modo “nem mesmo para o Estado do Paraná a manutenção ou modificação do acórdão recorrido geraria impacto financeiro significativo ou ensejaria a multiplicidade de feitos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b).

Tais argumentos confirmam, de modo reverso, a análise que já foi feita nos parágrafos anteriores quanto à leitura que o tribunal faz do instrumento da repercussão geral dos recursos extraordinários. O pequeno potencial para gerar uma multiplicidade de demandas, associado ao pequeno risco financeiro que o poder público assumiria diante delas desempenham um papel nuclear no conjunto dos argumentos da corte. Na ausência deles, uma questão que potencialmente envolvia o sentido da isonomia ante a aplicação de um outro comando também presente na constituição (a transposição de empregados públicos para o regime chamado estatutário, efetivando-se o que a própria constituição federal chamou de regime jurídico único) é adjetivada como local, residual e mesmo infraconstitucional.

A expressão “violação constitucional indireta” é outro fundamento do qual a corte se vale, como se observa no exame da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 584.737 PR, relatada pela ministra Ellen Gracie (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b), cuja questão de mérito era de aplicação do regime

jurídico único às pensões deixadas por servidores públicos falecidos já na vigência desse regime único. O uso do mesmo argumento também foi feito no exame da Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 751.763 PR, relatada pelo ministro Cezar Peluso. Nesse último caso, a matéria objeto do recurso era a responsabilidade da pessoa de direito privado, beneficiária de serviços prestados por empregado terceirizado, pelos créditos devidos a esse último por seu empregador (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). O acórdão proferido nele pode ser tomado como exemplo típico de como o próprio tribunal, forçado a uma justificativa para a não apreciação de um recurso que não considera relevante, termina por se apoiar em argumentos circulares. A definição do que é violação indireta à constituição adotada naquele caso é vista no seguinte trecho:

Suposta violação constitucional configuraria, aqui, o que se chama de ofensa reflexa, também dita indireta, à Constituição da República, porque eventual juízo sobre sua caracterização dependeria do reexame prévio do caso à luz das normas infraconstitucionais, em cuja incidência e interpretação, para o decidir, se apoiou o acórdão ora impugnado, designadamente regras da CLT.

É, ao propósito, velhíssima a postura desta Corte no sentido de que, se, para provar contrariedade à Constituição, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (cf., por todos, RE nº 92.264-SP, Rel. Min. Décio Miranda, in *RTJ* 94/462-464). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b).

Esse mesmo ministro, relatando a Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 752.633 SP repete o argumento praticamente de forma literal, em litígio no qual o tema era a extensão das contribuições assistenciais instituídas por sindicatos a membros não sindicalizados da categoria respectivamente representada por eles (SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL, 2020b). Fez o mesmo na Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 731.954 BA, recurso que debatia a formação de direitos adquiridos a partir da incorporação nos contratos de trabalho das normas acordadas coletivamente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b) e no julgamento da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 590.005 RS, recurso que discutia o alcance do princípio isonômico quando contrastados empregados aposentados beneficiários de planos de previdência privada fechados e os empregados em atividade pertencentes aos mesmos quadros funcionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). Esse tema (isonomia entre empregados em atividade e aposentados, no que tange aos benefícios pagos por entidade de previdência privada complementar fechada) era a matéria contida na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 610.223 SP, relatada pela ministra Ellen Gracie. A repercussão geral foi recusada por fundamento idêntico (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b).

Um raciocínio igual também regeu o julgamento da Repercussão Geral em Recurso extraordinário 583.392 SP, relatada pela ministra Ellen Gracie, que debatia a impossibilidade, por força do princípio da igualdade, de o Estado de São Paulo manter regimes previdenciários distintos quanto a seus servidores (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). Semelhantemente, essa relatora se valeu de tal argumento ao rejeitar a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 610.220 RS, em que foi debatido o direito adquirido à pensão especial prevista em lei do Estado do Rio Grande do Sul, devida a filhas de servidores públicos falecidos, mesmo após a maioria das beneficiárias (BRASIL, 2010b), e ainda no julgamento da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 629.057 RS, cuja matéria de fundo foi a alegação de inconstitucionalidade da interpretação de que créditos trabalhistas tinham sua

responsabilidade transmitida na hipótese de cisão da empresa que originariamente empregava o detentor do crédito.

O fundamento foi aplicado também na Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 776.522 RS, relatada pelo ministro Dias Toffoli, em que se discutia se a revisão constitucional do pagamento de adicional de um terço sobre as férias era aplicável também aos servidores públicos temporários contratados pelo Estado do Rio Grande do Sul (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). E mesmo em caso no qual esse mesmo relator se depara com um pedido que claramente pretendia a revisão do campo fático (Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 738.444 PE, na qual se questionava se a parte recorrente teria ou não exercido atividade de combate durante o conflito da Segunda Guerra Mundial, para fins de benefício previdenciário especial dado a esses ex-combatentes), a corte ainda assim retoma o argumento de violação constitucional reflexa, porquanto o caso não prescindiria de análise prévia das normas infraconstitucionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). A insistência na tese de violação indireta à constituição, mesmo diante de recurso que obviamente abrigava a revisão de provas (razão que seria suficiente para sua não admissão) é vista também na Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 818.688 SP, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, que tratava do alcance do adicional de periculosidade a trabalhador que exercia suas funções em prédio que armazenava explosivos.

Ora, o que se vê em todas as decisões comentadas nas páginas anteriores (tenha sido admitida ou não a repercussão geral dos recursos), não há um só deles em que a análise de princípios constitucionais prescindisse do conjunto normativo infraconstitucional específico no qual tais casos transcorriam. Princípios constitucionais operam normativamente no âmbito de relações jurídicas permeadas por normas

infraconstitucionais. Até porque, tomados deontologicamente (como o devem ser), tais princípios são semanticamente abertos, contendo bem mais do que aquilo que é enunciado em seus textos (DWORKIN, 1992, p. 387). Solver uma questão jurídica é, a rigor, também solver uma questão constitucional, porquanto se buscará que leitura das normas infraconstitucionais é adequada, naquele caso, à densificação dos princípios constitucionais.

Um dos julgamentos que exemplifica melhor esse argumento deu-se na Repercussão Geral em Agravo de Instrumento 825.675 SP, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, no qual se debatiam os limites da autonomia da vontade coletiva nas relações de trabalho quando acordos e convenções coletivas promovem a redução de períodos de descanso obrigatórios ou a majoração de jornada nas atividades de turnos de revezamento ininterruptos. Portanto, a discussão tinha como centro os limites da autonomia da vontade coletiva, ela própria um princípio constitucional, quando considerado face ao sentido de outras garantias constitucionais concernentes à limitação de jornada de trabalho (artigo 7º, incisos XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal – BRASIL, 2006). Ora, a narrativa que uma corte venha a produzir relativamente ao sentido desses princípios constitucionais jamais será abstrata, por maior que seja a insistência na natureza “objetiva” de um processo. Se esses sentidos são construídos em concreto, não haverá hipótese no qual essa construção não requeira também a análise do ambiente normativo infraconstitucional no qual cada caso transcorreu. Mesmo porque, como nota Ronald Dworkin, a argumentação que busca uma completude na enunciação dos sentidos de normas jurídicas não fará distinção entre princípios e regras, reconhecerá em ambos seu papel deontológico, eis que a construção desses significados requer, quando menos, o exame da adequação do sentido das regras - inclusive em suas

exceções – isso é, em seus limites a cada caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 119-120; GÜNTHER, 1993, p. 279).

Isso revela que uma violação legal somente será exclusivamente indireta à constituição se a corte já partir do suposto de que a aplicação dada na decisão recorrida não contrariar a constituição, uma vez que toda leitura que se afirma “estrita” da constituição também parte daquilo que o intérprete considera como “estrito” (DWORKIN, 2002, p. 210)⁸⁰. A expressão “violação indireta ou reflexa” à constituição parece justificar-se a si mesma, o que demonstra que, em verdade, ao recusar a repercussão geral de um recurso extraordinário, o tribunal não está adstrito a um “exame preliminar” ou “da forma externa” do caso. Ele está a ratificar a constitucionalidade da decisão recorrida.

Em contraste com a experiência da suprema corte norte-americana, a operação que o Supremo Tribunal Federal dá de seu instrumento formal de seleção de casos não parece atentar para integridade na construção da narrativa da própria corte em torno do significado das liberdades fundamentais. Essa operação não aparenta considerar elementos do passado (argumentações que precederam o estado atual do debate do tema posto perante a corte), do presente (toda uma estrutura institucional judiciária, capilarizada ante a necessidade de uma maior proximidade entre o aplicador e o drama humano concreto posto ante ele), e do futuro (pela tentativa de pré-fixação dos resultados da aplicação como se fosse então possível, após a decisão da corte no tema,

⁸⁰ Em outra passagem bastante contundente, Ronald Dworkin argumenta: “concordo com os críticos de que nem todos os juízes têm formação filosófica. Mas se o que argumentei é sólido, não temos outra escolha senão lhes requerer que confrontem questões, de tempos em tempos, que são filosóficas. A alternativa não é evitar uma argumentação moral, mas manter essa argumentação no escuro, oculta sob o manto de flogistas jurídicos tais como a “arte misteriosa” da argumentação técnico-jurídica.” (DWORKIN, 2006, p. 73, tradução livre).

dispensar-se toda a mediação futura entre a abstração do conjunto normativo e a incontrolável especificidade de novas situações concretas imprevisíveis).

A contínua abertura de sentidos das normas não obstrui a coerência na adjudicação do direito. Ao contrário, ela permite que a cada hipótese interpretativa seja dada solução que lhe é específica e tão única como sejam igualmente singulares as especificidades do caso. Ao mesmo tempo, permite que o conjunto destas decisões singulares guarde entre si uma coerência narrativa que, como toda obra escrita, absorva as mudanças e faça do inesperado um enriquecimento na obra narrada (DWORKIN, 2000, p. 212 e p. 258; 1999, p. 276). Essa narrativa expressa a abertura que a identidade constitucional de uma comunidade política deve ter, e tal abertura não esmaece a força de uma constituição e nem lhe retira seu papel (SUNSTEIN, 2001b, p. 246).

Aquilo que uma democracia constitucional exige de tal ato serve como alerta para as possibilidades e riscos presentes no uso de qualquer instrumento processual. No caso da repercussão geral dos recursos extraordinários, seu emprego requer uma racionalidade que admita a presença de incertezas nos sentidos dados aos direitos fundamentais. Isso é necessário para que o sentido de direitos mantenha-se aberto à resignificação, e ainda necessário para que a corte constitucional disponha de um instrumento que lhe permita institucionalmente dar visibilidade a sua pauta efetiva, e, desse modo, assumir responsabilidade pública pelo que foi e pelo que não foi pautado.

Conclusão

Há uma observação interessante feita em um dos primeiros artigos que, mesmo sob uma perspectiva diversa da adotada no presente texto, debruçou-se sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários após a Emenda Constitucional 45 de 2004. Ainda em novembro de 2005, quando o desenho normativo procedimental desse instrumento tramitava sob a forma de projeto de lei perante o parlamento nacional, André Abbud notou que o uso a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral dos recursos extraordinários poderia reforçar ou diluir o papel da corte na construção dos significados normativos em cada caso concreto, e que essa última e frustrante hipótese ocorreria se a redução do volume de casos a serem examinados detidamente pela corte fosse tomada como um fim em si mesma (ABBUD, 2005, p. 127).

A advertência de então prossegue sendo válida. Como se viu, uma perspectiva exclusiva ou predominantemente de redução numérica dos casos não apenas retira densidade do papel que o Supremo Tribunal Federal deve ter como sinalizador de uma narrativa – precária, aberta, frágil, mas mesmo assim importantíssima – quanto ao sentido das garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, como também reduz o papel das demais instâncias judiciárias. Ao abraçar um esforço vinculativo de interpretações que se pretende fortalecedor do sistema jurisdicional, a corte poderá enfraquecer esse sistema como um todo, porquanto não lhe é fisicamente possível substituir o papel mediador das outras instâncias julgadoras entre a abstração da norma e a concretude dos casos que estão postos perante tais instâncias. Ao contrário do que cogitou Oscar Vieira, tomar a repercussão geral como um filtro recursal não levará, por

si só, ao fortalecimento das instâncias judiciais hierarquicamente inferiores ao Supremo Tribunal Federal (VIEIRA, 2004, p. 202).

Porém, se à hermenêutica cabe a constante reabertura dos significados, tal como situa Ricoeur (RICOEUR, 1974, p. 78), a tarefa do sistema de aplicação de normas jurídicas deve orientar para interrupções frequentes nessa ressignificação. Procedimentos de aplicação das normas jurídicas – dos mais complexos aos mais simplificados – devem produzir decisões que, embora pontuais e precárias, expressarão a prevalência de um dentre os vários sentidos possíveis, ao menos para um caso e para um momento. O ato de julgar lida, portanto, com a permanência do que não pode permanecer tal como está, o que se dá em meio à tensão entre tempo e narrativa. Os argumentos do capítulo segundo dessa pesquisa apontam que essa tensão é mediada pela seletividade da memória. Quanto ao jurista, essa memória, no dizer de Bretonne, é uma das expressões do pensamento jurídico em movimento, acumulando, selecionando, conservando ou inovando sentidos. A ativação da memória do intérprete do Direito, tal como nos demais processos mnemônicos, não é fruto de uma técnica intencional ou de um paradigma científico, mas sim é uma interação linguística destas mentalidades (BRETONNE, 2000, p. 16, p. 30 e p. 34). Daí o papel da racionalidade discursiva como complementar à historicidade que preside a hermenêutica filosófica.

A racionalidade moderna, no dizer de Habermas, libera um potencial democrático mediante a força comunicativa para a qual ela necessariamente apela. No que toca à adjudicação de direitos, isso representa a incorporação da tensão entre a certeza do direito e a adequação de sua interpretação nos diversos casos concretos. O papel da jurisdição não é pois a afirmação ou construção de uma identidade constitucional que se possa tomar como completa, mas precisamente a manutenção de

sua incompletude, de sua abertura (HABERMAS, 1998a, p. 197 e p. 280). O caráter evasivo de uma identidade constitucional não é, nesta perspectiva, uma questão a ser solvida, mas sim a ser incorporada à prática interpretativa dos direitos fundamentais. Todavia, o desenho regimental dado pelo Supremo Tribunal Federal à repercussão geral dos recursos extraordinários e os fundamentos que aquela corte utiliza na operação desse instrumento demonstram que ele é tomado por ela como mecanismo para o fechamento e controle da interpretação.

As pretensões declaradas durante o processo de regulamentação legal (valendo recordar que a lei que regula a repercussão geral dos recursos extraordinários é toda ela fruto de proposta do Supremo Tribunal Federal ao parlamento) e regimental da repercussão geral dos recursos extraordinários claramente se fundam, como visto, em duas premissas: a de que uma multiplicidade de casos possa ser tomada como efetivamente idêntica e a de que decisões tomadas pela corte, quando reduzidas a texto, podem ser compreendidas em um sentido unívoco e aplicadas de modo idêntico a esta multiplicidade de casos. Tais premissas remetem a um outro pressuposto maior, de extrema fragilidade: supor que a interpretação e a linguagem possam ser centralmente controladas. Contudo, nem mesmo o regimento da corte, ao estabelecer a irrecorribilidade das decisões (mesmo que monocráticas) que concluam pela inexistência da repercussão geral pode suplantar esta fragilidade. A determinação regimental (já cumprida) de formação de uma “base de dados eletrônica” que sintetize as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu ou rejeitou a existência de repercussão geral sobre todos os temas levados à corte⁸¹ abriga a contradição de que, fatalmente, as

⁸¹ Regimento Interno do STF, artigo 329: “A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.” (BRASIL, 2011a, p. 157).

razões de decidir que se pretendiam aplicáveis a uma multiplicidade de casos iguais em verdade sejam, doravante, objeto de análises diferenciais nos inúmeros recursos vindouros que, caso a caso, procurarão estabelecer distinções (ainda que sutis, porém alegadamente relevantes) entre os argumentos aplicados na decisão originária e aqueles em debate em um outro processo.

De forma semelhante ao que se dá quanto às súmulas jurisprudenciais⁸², não obstante a irracionalidade presente no esforço de um controle de interpretação pelo qual textos vinculem absolutamente a leitura de outros textos, é insuficiente pensar que a repercussão geral dos recursos extraordinários não possa ter uma função constitucionalmente adequada. Feita a análise desse instrumento à melhor luz do constitucionalismo e dos princípios que a comunidade política brasileira abraçou como essenciais no tema, há nele um potencial enriquecedor para a relação entre direito e democracia, a partir de um incremento de complexidade no sistema do direito, porque ele exige do aplicador uma distinção ainda mais sofisticada quanto à diferença entre discursos de formação e de aplicação do Direito (GÜNTHER, 1993, p. 229). É possível operar a repercussão geral dos recursos extraordinários como procedimento que potencializa a racionalidade comunicativa no discurso de aplicação das garantias fundamentais (HABERMAS, 1998a, p. 118-131), quando atendida a coerência principiológica exigida pelo direito em sua integridade (DWORKIN, 1999, p. 275-279).

Tal exigência certamente não se coaduna com a produção de uma "compreensão geral" para ser aplicada "a casos idênticos". A inevitabilidade de nossa condição hermenêutica afasta, a rigor, a noção de que dois casos sejam idênticos, e igualmente

⁸² Sejam elas qualificadas ou não como vinculantes (artigo 103-A, da Constituição Federal – BRASIL, 2006).

não permitem acolher o pressuposto de que as afirmações feitas pela corte na apreciação de casos anteriores ou na edição de uma súmula de jurisprudência prescindam, elas mesmas, de nova interpretação ao serem lidas diante de outros casos. A singularidade de cada evento requer que o aplicador da norma busque a também única solução correta para ele (RICOEUR, 1995, p. 146 e DWORKIN, 2000, p. 203-204).

Este limite não significa a ausência de um papel constitucionalmente adequado para uma seletividade hermenêutica exercida pela corte na admissão de recursos extraordinários. Ao contrário, na regulação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, nas avaliações sobre esse instrumento (sejam as produzida pelos relatórios que a corte já emitiu, seja a que se acha presente na opinião de alguns de seus membros) e principalmente no uso dele feito pelo tribunal (ao menos no que tange ao recorte de decisões examinadas aqui) podem-se observar apostas em racionalidades cuja natureza absoluta não se sustenta face à epistemologia contemporânea. Mas a crítica feita na presente pesquisa teve como um de seus objetivos alertar contra o desperdício da possibilidade de uso constitucionalmente correto da repercussão geral dos recurso extraordinários.

Como visto, a revisão epistemológica ocorrida nessa fase de modernidade chamada “tardia” ou “reflexiva” dá origem a ao menos dois motivos para uma análise diacrônica da semântica sobre direitos fundamentais produzida pelo Supremo Tribunal Federal. O primeiro motivo é a diminuição das pretensões do projeto moderno quanto ao conhecimento humano. Tal projeto nas primeiras fases da modernidade pode ser descrito como esforços ora ontológicos, ora empiristas, de fundamentação suficiente do conhecimento humano (DOMINGUES, 1999, p. 157-158 e p. 253). Ante a pergunta sobre o impacto do tempo no conhecimento, sobre nossa própria historicidade, viu-se

que ambas eram estratégias que compartilhavam um mesmo equívoco, o de buscar um fundamento absoluto para o saber humano.

A precariedade desse saber, assumida agora como parte da própria condição de toda a relação de conhecimento humano, não repele o método científico, apenas modera as pretensões em torno de seus resultados e, em especial, abandona a busca por um fundamento necessário e completo para si:

Solidário deste novo modo de saber que a história anuncia – o ser-advento – e de uma forma de expressão – o acontecimento –, um novo moto de conhecimento se instala onde o fundamento está ausente. Em verdade, nesta nova configuração do saber o espírito acorre aos mesmos instrumentos analíticos que vimos em ação em outras estratégias discursivas: introduz recortes analíticos no real empírico, procede a toda sorte de reduções, estabelece inferências e ilações, ampara-se em certas ideias e proposições como pontos de apoio ou meios de transporte, com vistas a transmitir suas certezas a outras que ficam com que a depender delas etc. Porém, o sentido do programa não é mais o mesmo. Antes de mais nada, fica afastada a ideia de regressão em direção ao fundamento – substância, essência, fato ou coisa, pouco importa. Sem ponto de apoio, sem suporte e avesso a toda determinação, o modo de conhecimento que este novo modo de ser parece autorizar – o ser-advento – termina por introduzir um coeficiente de incerteza irremediável no sistema de saber, uma verdadeira aporia, a qual, para abreviar as coisas, poderíamos chamar de aporia do devir: se se determina o ser e seu ponto de ancoragem último – o fundamento – se perde o devir e seu ponto de fuga – o acontecimento; se se determina o devir e seu ponto de fuga – o acontecimento – se perde o ser e seu ponto de ancoragem – o fundamento. [...]. O resultado é o abandono puro e simples do princípio da fundamentação suficiente do conhecimento, com sua exigência de regressão a uma instância fundadora última, a um ponto arquimediano, a um grau zero do conhecimento. (DOMINGUES, 1999, p. 377-378).

Portanto, a imprecisão semântica, isso é, a abertura da linguagem, é a um só tempo a condição de investigação diacrônica das persistências e mudanças contidas nela e a exigência de que a crítica à compreensão presente nas narrativas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal se apoie em mais do que em um simples cotejo de textos. E isso leva ao segundo motivo da análise feita na presente pesquisa: a ideia de que a produção discursiva – intimamente ligada e, em boa medida, resultante da produção semântica – são expressões de uma pragmática social indicativa de uma mentalidade, e que, em nível operacional, essa pragmática é reconstruída por cada uma das operações discursivas. Nessa interrelação, o corte diacrônico da semântica tanto evidencia uma prática como igualmente o modo como essa pragmática é conformada, por sua reafirmação ou transformação, porquanto “é a natureza da prática social que determina os macro-processos da prática discursiva e são os microprocessos que moldam o texto.” (FAIRCLOUGH, 2002, p. 115):

Esses são os indicativos para uma compreensão correta do papel da repercussão geral dos recursos extraordinários, compreensão que inclui a assunção pública de uma seletividade recursal que, nessa amplitude, só pode ser legitimamente exercida pelo tribunal constitucionalmente designado como de jurisdição extraordinária. Tal seletividade é a condição da narrativa produzida pela corte. Simultaneamente, sua visibilidade é também a condição da crítica a essa narrativa, tanto mais se considerado que a observação do que é contemporâneo faz-se em meio a uma opacidade que nos permite muito mais notar os seus escuros que suas luzes (AGAMBEN, 2009, p. 62).

Esta opacidade é ainda maior quando se abraça o objetivo da epistemologia típica do início da modernidade, pretensamente produtora de uma “verdade” que transcenderia a história, as culturas e as circunstâncias humanas, cuja frustração pode levar, no que

tange ao discurso de aplicação das normas jurídicas, tanto à recusa ao debate interpretativo, quanto à redução da decisão a um ato político. Esses dois erros pressupõem não ser possível amparar adequadamente qualquer juízo sobre a aplicação de normas, mas, se nenhum juízo é ou poderia ser objetivo a ponto de ser justificável em bases totalmente transcendentais com relação ao contexto e independentes do sujeito (SMITH, 2002, p. 39-40), de outra parte

...a pressuposição alternativa, a simetria normativa e/ou epistêmica, não é a ideia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são “igualmente bons” ou “igualmente válidos”, mas a ideia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são produzidos e operam igualmente de modo contingente, ou seja, são formados em resposta a condições mais ou menos particulares e variáveis (experienciais, históricas, culturais, discursivas, circunstanciais e assim por diante) e operam com maior ou menor validade (em uma acepção de aplicabilidade, força e adequação) em relação a tais condições. (SMITH, 2002, p. 41).

É na proposta contida neste trecho que se situa uma rica consequência da pergunta que se fez sobre o modo de compreendermos o que seja repercussão geral dos recursos extraordinários. Permitir à corte selecionar os casos que examinará (e devolver os demais casos às instâncias anteriores) não representa uma “redução antidemocrática ou inconstitucional da obrigação de fundamentar”, até porque, a rigor, a simples invocação de enunciados prévios e resultantes de processos anteriores, sem maiores considerações sobre as especificidades do novo caso em exame, tampouco poderia ser considerada uma efetiva fundamentação neste sentido. Ao contrário, assumir-se esta possibilidade (tal como o faz a corte de maior tradição no uso dos instrumentos de

jurisdição constitucional difusa, que é a corte norte-americana) dá, a um só tempo, efetiva visibilidade ao que foi pautado pela corte, como também a torna responsável pela construção desta pauta, sujeitando-a neste particular à crítica pública.

A visibilidade que emerge do exame pela corte norte-americana de casos centrais de sua experiência histórica pode ser nesses termos comparada com a visibilidade de casos tomados como centrais na experiência da corte brasileira. O que difere tais situações é o fato de que a corte brasileira contribui em pequena medida para que esses casos se façam visíveis, e, na prática, é pouco ou nada institucionalmente responsável por tal visibilidade. Qualquer caso examinado por ela pode ser tomado como apenas mais um entre as milhares de outras decisões proferidas a cada ano. Sem uma medida de efetiva seleção dos casos que examinará, a corte aparentemente termina por ser pautada, ficando obscuro o processo pelo qual sua pauta é por ela construída. Perde-se a oportunidade de aprofundamento da responsabilidade da corte perante a crítica da sociedade a qual serve.

Os percursos da semântica permitem situar a crítica à jurisprudência com maior solidez, eis que essa jurisprudência não pode ser compreendida adequadamente como se outras interpretações sejam agora anômalas e estejam excluídas do horizonte de sentidos. Uma série documental não requer a exclusão dos dados anômalos, mas ao contrário, a sua inclusão. Eles lançam luzes sobre as questões mais profundas que envolveram essa produção de significados (GINZBURG, 2007, p. 263). Nessa perspectiva, o que a semiótica representa para uma compreensão historicamente adequada (GINZBURG, 1992, p. 104), tem seu análogo na prática de uma história conceitual que adverte quanto à impossibilidade de se compreender o processo contínuo

de reescrita de sentidos sem a análise das permanências e das mudanças semânticas (KOSELLECK, 2002, p. 65).

Contudo, a atenção procedimental ao modo de construção de narrativa sobre o sentido dos direitos fundamentais é ainda mais importante na medida em que mudanças semânticas não são simples espelhos de mudanças nas práticas sociais. As mudanças conceituais operam de forma mais complexa, porque atuam metaforicamente. Elas envolvem quando menos os imaginários dos que atuam nessa pragmática (FARR, 1995, p. 31). Se se pretende institucionalizar uma prática, há de se o fazer linguisticamente, trazendo consigo também a permanência semântica que permite sua crítica, a partir das tensões entre permanências e mudanças ocorridas nesse processo de institucionalização (POCOCK, 1971, p. 40-41).

Ver a experiência de seletividade da Suprema Corte dos Estados Unidos auxilia a perceber a importância dessa perspectiva. Como Barry Friedman observa com acerto, tanto os membros da corte que apreciaram *Dread Scott v. Stanford* (UNITED STATES OF AMERICA, 2009) quanto os que julgaram *Brown v. Board of Education of Topeka* (UNITED STATES OF AMERICA, 2006a) afirmaram que as respectivas decisões se impunham ante o sentido do mesmo direito fundamental: a igualdade. Não obstante, prossegue Friedaman, o sentido de igualdade entre ambas não poderia ser mais oposto, o que não levanta uma questão sobre a correção das decisões, mas uma questão sobre a legitimidade daquela corte em meio a sua historicidade – e é em meio a tal historicidade é que a narrativa feita nesses casos pode ser tomada não como uma expressão de erros ou acertos da corte, mas como uma afirmação de que

...não podemos depender de ninguém senão de nós mesmos. Mas é errado argumentar, como muitos fizeram, que os juízes subtraíram a constituição de nós. Nós inventamos o *Judicial review*, nós o criamos e escolhemos mantê-lo. Ele tem sido útil como meio de nos forçar a pensarmos, por nós mesmos, sobre a constituição, e a interpretá-la. Ao cabo, no que toca à constituição, nós somos a corte mais alta da nação. (FRIEDMAN, 2009, 385, tradução livre).

A trajetória expressiva da influência dos debates travados na Suprema Corte norte-americana na tematização do sentido da liberdade e da igualdade para aquela comunidade política poderia sugerir, em um exame mais superficial, que seu “protagonismo político” foi o causador desse papel. Mas essa noção não se sustenta sequer ante a própria “origem” do *judicial review*, que pouco tem de intencional (KRAMER, 2004, p. 127), visto que nessa origem cooperaram desde de improbabilidades a até mesmo transcrições não fiéis ao texto constitucional (ROSE, 2003, p. 212-213; WOOD, 1999, p. 797).

Porém, a absoluta franqueza com a qual a corte norte-americana abraça a seletividade que marca a sua atuação como instância extraordinária permitiu que o *judicial review* fosse tomado como produtor de uma narrativa extremamente visível. Não há dúvidas que julgamentos como os havidos em *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Roe v. Wade* cuidam de temas absolutamente centrais para a compreensão dos compromissos de igualdade e liberdade de uma comunidade política, e de como a tensão entre eles emerge sempre que invocados em concreto. Mas se a relevância de tais casos na narrativa concernente às garantias fundamentais foi um fator que concorreu para sua seleção pela corte, não se pode negar que essa seleção contribuiu para tal importância, tornando *Brown*, na expressão de Jack Balkin, um dos textos centrais da herança política

norte-americana – posicionando-o em um contínuo processo social de ressignificação (BALKIN, 2002, p. 71) - e fazendo de *Roe* uma referência constitucional importante que, a despeito das falhas argumentativas (ou talvez, por causa delas), é uma das faces mais visíveis de uma imensa controvérsia social emergida da matéria prima presente naquela comunidade política (BALKIN, 2005, p. 24).

O papel da semântica das decisões judiciais situa-se para além de elas serem produtos de um determinado discurso social. Decisões judiciais não são apenas formadas por processo narrativo na sociedade. Elas também são formadoras do horizonte de sentidos que uma determinada comunidade atribui às garantias constitucionais que erigiu para si.

Tradições podem são invenções, na medida em que “...a invenção de tradições é essencialmente um processo de formalização e de ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas pela imposição da repetição. (...) Provavelmente, não há lugar nem tempo investigado pelos historiadores onde não haja ocorrido a 'invenção' de tradições neste sentido.” (HOBSBAWM, 2002, p. 12). Essa descrição aplica-se também à forma com a qual a jurisprudência – particularmente aquela consolidada mediante súmulas e orientações jurisprudenciais – é percebida e operada como tradição ao serem atribuídos sentidos a um texto normativo. Não é de se espantar, portanto, que essa produção maciça de discursos estatais quanto ao sentido da normatividade tenha se tornado, com a aceleração do tempo social na modernidade, também uma produção em massa de tradições (HOBSBAWM, 2002, p. 273).

A produção de sentidos no direito também é ao menos parcialmente afetada pelo mesmo fenômeno, o que não autoriza que todo o sentido normativo seja disponibilizado em um debate que desconhece os limites constitucionais da alteração do próprio direito.

Mesmo a noção de que boa parte dos argumentos jurídicos são tradições “inventadas” não permite uma absoluta manipulação dos significados:

As “tradições inventadas” têm funções políticas e sociais importantes, e não poderiam ter nascido e se firmado se não as pudessem adquirir. Porém, até que ponto elas são manipuláveis? É evidente a intenção de usá-las, aliás, frequentemente inventá-las para manipulação; ambos os tipos de tradição inventada aparecem na política, o primeiro principalmente (nas sociedades capitalistas) nos negócios. Neste sentido, os teóricos da conspiração que se opõem a essa manipulação são aqueles que exploram práticas claramente oriundas de uma necessidade sentida – não necessariamente compreendida de todo – por determinado grupo. (HOBBSAWM, 2002, p. 315).

Sob a perspectiva hermenêutico-filosófica, o que Hobsbawm chama de “necessidades sentidas porém não inteiramente sabidas” são limites que demonstram que semânticas não apenas conformam discursivamente uma pragmática social, como também tendem a se naturalizar na forma de um consenso comunicacional prévio ou tácito. Elas mesmas passam assim a reproduzir e a conformar a semântica utilizada pela sociedade. É paradoxal que a narrativa que é capaz por dar temporalidade à experiência humana é também apoiada em elementos que intencionalmente pretendem se firmar como permanentes (RICOEUR, 1999, p. 198-199). A narratividade que emerge de uma semântica é de grande significado para a reprodução de práticas sociais: uma vez que seu aprofundamento tende a reproduzir e exercer constrição sobre mudanças semânticas, tal narratividade se torna fonte para a compreensão diacrônica dos processos em uma sociedade, desde o nível mais simples de investigação (WOOD, 2008, p. 39-40 e p. 55).

Não que haja uma relação de causa e efeito direta entre narratividade e o processo sócio-histórico de atribuição de sentidos às normas, como em uma “intencionalidade da história” (RICOEUR, 1990a, p. 175). Tal relação é, no máximo, indireta e fragmentária. Porém, ela é visível o suficiente para que se possa extrair, da forma como é pragmaticamente operada, indícios sobre os esforços (contraditórios) em definir narrativamente uma identidade face a juízos valorativos (RICOEUR, 1994, p. 135). Somente quando rejeitada a ideia de que a observação diacrônica da trajetória semântica revele um “verdadeiro sentido do que foi e do que é”, é que a análise de uma narrativa pode ser verdadeira, ainda que a “verdade” de seus sentidos seja apenas parcial. O mais importante é que a análise dessa relação permite observar a artificialidade da normatividade, e o quanto essa normatividade busca legitimar-se através da (re)produção dos significados que respeito mútuo assume ao vincular direitos fundamentais sob o ponto de vista deontológico (RICOEUR, 1994, p. 239).

O que se pode observar na presente pesquisa é que essas interpretações cumprem, como narrativas, uma função também performática de (re)construção de uma memória de significados das garantias fundamentais e de seus significados. Decisões judiciais, particularmente emanadas da cúpula do sistema de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, também conformam práticas que dissolvem a percepção do papel deontológico das garantias fundamentais. É aqui que reside a importância da memória produzida pela narração emanada do Supremo Tribunal Federal quando do exame dos recursos extraordinários. Ela é parte do extraordinário papel dos símbolos na formação do que Leroi-Gourhan chama de “o fato humano por excelência”, que é a “domesticação do tempo e do espaço, ou seja, a criação de um tempo e de um espaço humanos” (LEROI-GOURHAN, 2002, p. 121). É precisamente aquela que, como metáfora,

expressa uma superposição de registros como a que se dá nas memórias em meios digitais, eletromagnéticos ou nos palimpsestos:

Também se pode sentir o estranho fascínio dessa metáfora, que provém da primeira memória externa produzida por nossa cultura, em metáforas mais recentes. A lusa mágica de Freud, com sua camada de cera, a folha de papel encerado e a capa de celuloide, é uma variação da metáfora da escrita, da mesma forma que o termo “enagrama”, que se refere ao vestígio da memória, também se refere à escrita. Na descrição das memórias de computador, trabalhando-se com fitas magnéticas, utilizam-se muito as metáforas da escrita. As memórias de computador, segundo Bolter, são “blocos de anotações totalmente automáticos sobre os quais o processador grava mensagens eletrônicas e, mais tarde, volta a lê-las”. Para serem armazenados na memória do computador, é preciso primeiro “ler” os dados e, ao reproduzi-los, “repeti-los”. Armazenar novas informações no lugar ocupado por informações antigas chama-se “sobr gravar”. É preciso “copiar” no disco rígido as informações da memória de reserva, mesmo que as informações nada tenham a ver com o texto e as operações do computador pouco tenham a ver com a leitura. Por conseguinte, o duplo sentido da memória é preservado na memória artificial mais avançada que possuímos atualmente. A metáfora da escrita demonstra a teimosia de um palimpsesto: à primeira vista completamente apagado, mas, ao ser inspecionado com mais atenção, ainda vagamente legível entre as palavras escritas depois.” (DRAAISMA, 2005, p. 79-80).

Essa “persistência da escrita”, esses vestígios fragmentários (em boa parte dos casos pouco visíveis a um exame inicial) adicionam grande complexidade à análise diacrônica de um discurso formador de sentidos. Esse processo passa a não se orientar apenas em uma linha horizontal de um tempo cronológico, mas adquire também uma “linha de profundidade” transversal. E, em tal caso, embora a metáfora dworkiniana de uma “chain of law” não perca a sua validade com ferramenta descritiva do modo como

sentidos são produzidos na narrativa judicial (DWORKIN, 1999, p. 275), torna-se claro que essa narrativa é em parte oriunda de impactos que provêm de recortes transversais, bem como ela, por sua vez, desencadeia também impactos em outras direções que não apenas a horizontalidade que em geral se tem em mente quando é feita a analogia entre a produção de sentidos jurídicos e a escrita de um “romance em cadeia”.

A própria crítica a ser feita sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal deve considerar esses aspectos quando se analisa a compreensão e o uso que aquela corte faz da repercussão geral dos recursos extraordinários. A formação dos sentidos das normas jurídicas não obedece uma causalidade direta para com as mudanças no paradigma constitucional. É possível que vestígios de diversos escritos anteriores sobre qualquer tema sejam tão fortes que afastem até mesmo os novos horizontes de produção de sentido que estão diante do intérprete. Os processos de atribuição de sentidos projetam-se também de modo transversal, gerando os fragmentos que irão compor, ainda que em parte, o horizonte de interpretação disponível futuramente para a ativação da sentidos passados⁸³. Mas é importante notar – e isso não é compreendido pelas pretensões que o Supremo Tribunal Federal parece abrigar quanto a esse instrumento seletivo formal do qual dispõe – que uma base de dados formada pela enunciação de suas decisões não possui uma organização prévia que seja externa a seu usuário, ou que essa base de dados

⁸³“O aspecto fragmentário do discurso da memória, mais que uma qualidade a se afirmar como destino de toda obra de rememoração, é um reconhecimento exato de que a rememoração opera sobre algo que não está presente, para produzi-lo como presença discursiva com instrumentos que não são específicos do trabalho da memória, mas de muitos trabalhos de reconstituição do passado (...). O aspecto fragmentário não é uma qualidade especial desse discurso que se vincularia com seu 'vazio' constitutivo, mas uma característica do relato, de um lado, e do caráter inevitavelmente lacunar de suas fontes, de outro” (SARLO, 2007, p. 99). Não há portanto uma relação estrita de “causa e efeito” entre o que é decidido em uma orientação de jurisprudência ou em uma súmula e a memória constitucional que será ativada a partir de dela. Mas, sem dúvida, essas orientações e súmulas projetam-se transversalmente nos momentos em que essa ativação é feita. A sua fragmentação no processo de ativação da memória não significa que elas sejam vazias de conteúdo quando são presentificadas, já que a interpretação nunca parte de uma “tábula rasa”. Apenas significa que o seu processo de uso é sempre marcado por uma precariedade: nunca é possível “resgatá-las” em um sentido originário dessa expressão. Tal limite, contudo, não significa que os vestígios dela não possam estar presentes nas narrativas posteriores.

“preserve” as informações contidas nela. Como visto da análise feita por Derrida, a organização de um arquivo provém da lógica que o seu usuário aplica a ele. Tal organização nunca é universal, nem mesmo universalizável. E, por valer-se de lógicas diferentes a cada pergunta que é dirigida a ele, um arquivo não é o local da conservação, mas de desconstrução/reconstrução de sentidos (DERRIDA, 2001, p. 119 e p. 121-122). Paradoxalmente, contudo, aquilo que se apresenta inicialmente como limite é também a condição pragmática de relevância do arquivo – e, por extensão, de todo repositório que é apropriado pela memória:

...Se tudo está arquivado, se tudo é vigiado, anotado, julgado, a história como criação não é mais possível: é então substituído pelo arquivo transformado em saber absoluto, espelho de si. Mas se nada está arquivado, se tudo está apagado ou destruído, a história tende para a fantasia ou delírio, para a soberania delirante do eu, ou seja, para um arquivo reinventado que funciona como dogma.

Entre esses dois impossíveis, que são como dois limites de uma mesma interdição – interdição do saber absoluto, interdição da soberania interpretativa do eu - , não há como não admitir que o arquivo (destruído, presente, excessivo ou apagado) é a condição da história. Para resumir, diremos que a obediência cega à positividade do arquivo, a seu poder absoluto, leva tanto a uma impossibilidade da história quanto a uma recusa do arquivo. Em outros termos, o culto excessivo ao arquivo resulta numa contabilidade, a história quantitativa, destituída de imaginação e que proíbe que possamos pensar a história como uma construção capaz de suprir a ausência de vestígios.” (ROUDINESCO, 2006, p. 9).

É irracional buscar resolver o que se convencionou chamar de “crise do recurso extraordinário” através de um repertório de enunciados que se pretende tão absoluto, tão completo, tão “espelho de si”, que providencie respostas prévias a questões ainda não postas em sua especificidade perante a corte. Não apenas porque tal pretensão

representaria a tentativa – impossível de fato, e simultaneamente paradoxal – de que o Supremo Tribunal Federal, mediante um instrumento voltado a afirmar a natureza extraordinária de seu papel revisor, viesse por ele a substituir a argumentação que há de ser produzida por todo o restante das instituições judiciais. Mas principalmente porque listar enunciados nessa perspectiva significará pretender registrar tudo – e, conseqüentemente, formar um arquivo cuja totalidade torne impossível o acesso seletivo a ele.

Essa pesquisa levantou indicativos de que o Supremo Tribunal Federal esteja a trilhar esse caminho, tanto nas normas procedimentais aplicadas à repercussão geral dos recursos extraordinários quanto na forma concreta de operação desse instrumento. Nesse sentido são os julgados em que a repercussão geral do recurso é admitida apenas para reafirmar o entendimento da corte, mesmo quando nenhuma mudança no quadro normativo ocorreu, somente porque ainda não teria havido um “pronunciamento vinculante” por parte dela. São indicativos disso os julgamentos examinados nos quais a repercussão geral é acolhida apenas porque ainda não houve pronunciamento da corte sobre uma alteração normativa – como se, diante dessa alteração, os demais aplicadores da norma não estivessem diante da óbvia constatação de que os precedentes da corte deveriam ser contextualizados.

A relação entre norma e tempo deve ser tomada pelo aplicador do direito de uma forma bem mais complexa que apenas as conhecidas categorias lógicas do “direito intertemporal”. O tempo há de ser percebido para além de sua dimensão cronológica e tomado na complexidade de sua dimensão social (ELIAS, 1998, p. 7-9), para que se tornem mais claros (mais facilmente criticáveis) os fios que emergem da relação entre nossa compreensão do tempo e os sentidos que atribuímos a nossas igualdades e nossas

diferenças (PELBART, 2004, p. 120 e p. 126-129), e até mesmo para que nos seja possível perceber a existência de compreensões diversas sobre o tempo e como (e se) elas se articulam (BRAUDEL, 1992, p. 41-42 e p. 44).

O modo de operação da repercussão geral dos recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal também revelou a ausência de percepção de que a narrativa produzida por ela quanto aos sentidos dos direitos fundamentais é marcada não apenas pela fala, mas também pelo silêncio, e que esse cumpre um papel em uma perspectiva diacrônica de sentidos normativos que, longe de ser apenas descritiva, é em verdade reconstrutiva deles (RICOEUR, 2007, p. 330-331). Se a modernidade libera a possibilidade de questionamento à autoridade, disso decorre que o exercício de tal autoridade reside agora em uma aporia, precisamente porque exige da autoridade que demonstre a todo tempo a legitimidade da qual se pretende já revestida (RICOEUR, p. 101). A autoridade de uma corte se dá em meio a essa tensão, é nesse sentido que o uso feito pelo direito dos símbolos, dos signos dessa autoridade não esvazia a sua força normativa (BOURDIEU, 2001, p. 183-184). Mas persiste, contudo, a indagação quanto a sua legitimidade.

É essa questão que remete a compreensão diacrônica da norma à inserção histórica do intérprete e à dupla contingência de que, na aproximação para com o passado, ele jamais consiga se apropriar dele de modo completo (GADAMER, 2003, p. 52-56). Há um esforço do intérprete para se aproximar de uma tradição de sentidos que não ignorar nem mesmo (e principalmente) quando deseja romper com ela. O intérprete ressignifica essa tradição apontando novos sentidos às normas diante dos vários contextos em que se faz necessária a adjudicação de direitos. Por fim, o intérprete deve se aperceber de que esta significação de direitos requer abertura para o futuro (OST, 1999, p. 57-6 e p. 324-

326 e ARAÚJO PINTO, 2002, p. 239-241). Essa articulação temporal tríplice do Direito, está, como já se disse, na base da ideia dworkiniana de "encadeamento" dos argumentos jurídicos. O exame do tratamento legislativo, regimental e jurisprudencial dado à repercussão geral dos recursos extraordinários, feita nessa pesquisa, demonstra que tais cuidados ainda não ocorrem.

O exame de parte da experiência da Suprema Corte norte-americana aponta para a relevância do problema da seletividade do exercício de jurisdição constitucional difusa pelo Supremo Tribunal Federal. Não como uma importação de modelos simplória, mas na medida em que a riqueza e complexidade do *common law* têm sido atribuídas às restrições interpretativas que estão na base constitutiva deste modelo de adjudicação de direitos (CANTOR, 1999, p. 95), restrições que, como se disse, confessadamente inspiraram a seletividade descrita hoje no art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

Essa seletividade não deve desvalorizar, mas sim reforçar o exame dos sentidos da constituição de forma difusa em todo o sistema judiciário – como, de resto, também é difusa essa análise na comunicação produzida pelos demais sistemas sociais. Tal difusão é mais adequada a uma perspectiva efetivamente interna e hermeneuticamente aberta da identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 1994, p. 3-4 ; MÜLLER, 2003, p. 79 e SUNSTEIN, 1993, p. 93), a qual se ramifica em um fluxo comunicativo incontrolável e efetivamente público do exercício de cidadania, recusando a redução da perspectiva interna do direito apenas à projeção que se possa fazer no lugar do julgador, ou apenas ao exercício da jurisdição institucionalizada. O Estado Democrático de Direito exige da autuação judiciária a compreensão de um constitucionalismo que se percebe como constantemente refundado. Nele a aplicação do

direito só pode ser legitimada ante o que dela exige a soberania popular (KRAMER, 2004, p. 73 e seguintes).

Por tal motivo, a repercussão geral dos recursos extraordinários, como mecanismo de seletividade dos casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser tomada como a assunção pública da responsabilidade por uma discricionariedade na admissão de casos que, como visto, já é de fato exercida, porém hoje ainda de modo subreptício. Essa discricionariedade não deve se confundir com arbitrariedade (o que é um risco concreto), e a assunção plena dela tem um papel fundamental no lidar com esse risco. Quando ela é apresentada à sociedade da forma em que efetivamente se dá, a crítica pública à construção da pauta da corte torna-se possível para além da exigência óbvia de que a jurisdição seja prestada em tempo razoável para cada caso.

Aplicar o direito não é extrair um dado pré-constituído de um catálogo prévio, mas sim selecionar quais sentidos serão descartados, para que os demais assumam relevância. Portanto, aquilo que é destacado de uma narrativa molda um uso presente do passado. A crítica de um processo discursivo é possível a partir daí, tanto no que tange à semântica, cuja recuperação é necessária como requisito de legitimidade da narração (SELIGMAN-SILVA, 2003, p. 83), como no uso abusivo de uma semântica destinada à imposição de uma interpretação abusiva do passado (RICOEUR, 2007, p. 83 e p. 99).

De fato, os pressupostos dos quais o Supremo Tribunal Federal parte quanto ao papel da repercussão geral dos recursos extraordinários são incorretos. Sentidos não podem ser apreendidos nem contidos semanticamente. Textos não podem controlar a interpretação de outros textos. Tais pressupostos são exemplos de uma racionalidade que, por seus excessos cartesianos, revela-se inadequada à complexidade dos dramas humanos percebidos de modo reflexivo.

O papel dessa seletividade possui ainda um segundo aspecto constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito. A repercussão geral deve ser compreendida não apenas pelos riscos que seu manejo já tem evidenciado, mas talvez (e principalmente) pelo seu potencial que até agora tem sido desperdiçado. Ela pode contribuir de modo legítimo para o controle de constitucionalidade pela via difusa, a um só tempo facilitando e exigindo uma sedimentação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal que de fato reconstrua de modo permanente aquilo que como comunidade política atribuímos a nós mesmos: direitos fundamentais, os quais são vistos nas normas constitucionais a partir de seu texto e para além dele (DWORKIN, 1985, p. 173).

Tal perspectiva pode fazer da repercussão geral dos recursos extraordinários um instrumento fortalecedor do debate judiciário difuso em torno do sentido de nossas garantias fundamentais, manejando de modo adequado, a cada caso, a tensão complementar que se estabelece entre liberdade e igualdade, ressignificando tais direitos, desafiando os argumentos em que se fundaram as tradições interpretativas passadas, e sendo por tais argumentos também desafiada. Tudo isso sem adotar sacrifícios mútuos entre tais direitos como solução presente para os conflitos e sem perder sua abertura para o futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque C. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 30, n. 129, p. 108-131, nov. 2005.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

_____. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. V.N. Honesko. Chapecó: Argos. 2009.

_____. *Potentialities: collected essays in philosophy*. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University Press, 1999.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**. Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003a.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Ed. Gedisa, 2004a.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernardo Pulido. Madri: Centro de Estudios Constitucionales e Fundacion Beneficientia et Peritia Iuris, 2004b.

_____. *Justicia como corrección*. Trad. Ana Inés Haquín. Rev. Rodolfo Luís Vigo. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acess. 12 nov. 2007.

_____. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**. Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003b.

_____. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**. Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008.

_____. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**. Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

_____. Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. Trad. Manuel Atienza. **Doxa**. Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Rev. Ruth Zimmerling. 1ª ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____. The special case thesis. **Ratio Juris**. Oxford, v. 12, n. 4. p. 374-384, dez. 1999.

ARAÚJO PINTO, Cristiano P. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BACHELARD, Gaston. *A intuição do instante*. Trad. Antonio de Padua Danesi. Campinas: Verus Editora, 2007.

BALKIN, Jack M. Brown v. Board of Education: a critical introduction. In: _____. (org). **What *Brown v. Board of Education* should have said**. Nova York: New York University Press, 2002.

_____. Roe v. Wade, an engine of controversy. In: _____. **What *Roe v. Wade* should have said**. Nova York: New York University Press, 2005.

BELL, Derick A. Revised opinions in Brown v. Board of Education: dissenting. In: BALKIN, Jack M. (org). **What *Brown v. Board of Education* should have said**. Nova York: New York University Press, 2002.

BAUM, Lawrence. *Case selection and decisionmaking in the U. S. Supreme Court*. **Law & Society Review**. Amherst, v. 27. n. 2, jul./set. 1993.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BELCK, Ulrich. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joostvan. (org). **The risk society and beyond: critical issues for social theory**. 1ª ed. 2ª reimp. Londres: SAGE Publications, 2005.

BORK, Robert H. The constitution, original intent, and economic rights. **San Diego Law Review**. San Diego, v. 23, p. 823-832, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. Trad. Sérgio Micelli et al. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOUVERESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia: o abuso das belas-letas no pensamento*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Publicações. *Justiça em números 2007: uma breve análise do Poder Judiciário*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=206&Itemid=245>. Acessado em 10 abr. 2009a.

_____. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao>. Acesso em: 19 nov. 2006.

_____. Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do**

Brasil, Brasília, 5 de junho de 1998, Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art241>. Acess. 10 set. 1998a.

_____. Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 16 de dezembro de 1998, Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm#art248>. Acess. 19 dez. 1998b.

_____. Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 de dezembro de 2006, Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acessado em 29 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acessado em 18 mai. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoGeral&pagina=distribuiacaoREeAI>>. Acessado em 9 jun. 2009c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf>. Acess. 2 jan. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relatório de atividades de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168440>>. Acess. 2 jan. 2011b.

BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história*. Trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina da Mora. Rev. Angélica Diogo Pretel e Vara Lúcia B. Bolognani. 2ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

BRANDWEIN, Pamela. *Reconstructing reconstruction: the Supreme Court and the production of historical truth*. Durham, Londres: Duke University Press, 1999.

BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Trad. Agencia Literaria Eulama. 1ª ed., 1ª reimp. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CAMERON, W. S. K. On communicative actors talking past one another: the Gadamer-Habermas debate. **Philosophy Today**. Chicago. v. 40, n. 1, p 160-168, primavera, 1996.

CANTOR, Norman. *Imagining the law: common law and the foundations of the american legal system*. Nova York: Harper Collins, 1999.

CARCOVA, Carlos María. *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada*. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552673>>. Acess. 10 fev. 2006.

CARDOSO, Maurício. Repercussão geral: número de processos distribuídos no STF caiu 45%. **Consultor Jurídico**, 2 jun. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-02/numero-processos-supremo-caiu-25-primeiros-meses-2009>>. Acesso em : 3 jun. 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília, n. 6, p. 233-250, 1998.

_____. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acess. 10 mai. 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. Time and creation. In: BENDER, John; WELLBERY, David E. (org). **Chronotypes**: the construction of time. Stanford: Stanford University Press, 1991.

CHALMERS, Alan. *A fabricação da ciência*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Editora UNESP, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrinni; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 22ª ed. rev. atualiz. 2006.

CNJ lança “processômetro” para acompanhar o cumprimento da Meta 2. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, DF, 5 out. 2008. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/index.php?view=article&catid=1%3Anotas&id=8151%3Acnj-la>>. Acess. 10 out. 2008.

CRAWLEY, Karen. *Limited ink*: interpreting and misinterpreting Gödel’s Incompleteness Theorem in legal theory. Montreal, 2006, 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, McGill University.

CRUMP, Thomas. *The anthropology of numbers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1ª ed. 1ªreimp. 1994.

CUNHA, Odair. Relatório e voto no Projeto de Lei 6.648, de 2006, que acrescenta à Lei 5.859, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o art. 102, § 3º, da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras>>. Acesso em 20 out. 2006.

DAGGER, Richard. Rights. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, James L. (org). **Political innovation and conceptual change**. 1ª ed. 1ª reimp. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

DE GIORGI, R. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. Rev. Celso Fernandes Campilongo e Carolina Cadavid. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Trad. Elizabeth Rottenberg. Stanford: Stanford University Press, 2002.

_____. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Cláudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Paulo Neves. 1ª ed. 1ª reimp. Porto Alegre: LP & M Editores, 2008.

DOMINGUES, Ivan. *Epistemologia das ciências humanas: Positivismo e Hermenêutica*. São Paulo: Loyola, 2004. Tomo I.

_____. *O grau zero do conhecimento*. São Paulo: Loyola, 2ª ed. 1999.

DRAAISMA, D. *Metáforas da memória: uma história sobre as ideias da mente*. Trad. Jussara Simões. Bauru: Ed. EDUSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. Do values conflict? A hedgehog's approach. **Arizona Law Review**. Tucson, v. 42, n. 2, p. 251-259, 2001.

_____. *Domínio da vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Existe conflicto entre libertad y igualdad? Cómo decidir? **Revista Actio**. Montivideo, n. 6, p. 56-70, mar. 2005.

_____. Judicial discretion. **The Journal of Philosophy**. Newark, v. 60, n. 21, p. 624-638, out. 1963.

- _____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- _____. Law's ambition for itself. **Virginia Law Review**. Charlottesville, v. 71, n. 2, p. 173-187, março de 1985.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. Unenumerated rights: whether or how *Roe* should be overruled. **University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992.
- EDERLYI, Maria F. Pauta seletiva: repercussão geral vai tirar briga de vizinho do STF. **Consultor Jurídico**, 4 mai. 2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em : 7 nov. 2006.
- ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Trad. Vera Ribeiro. Rev. Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- ELY, John H. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 1ª ed. 14ª reimp. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- EPP, Charles R. External pressures and the Supreme Court agenda. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (org.). **Supreme Court Decision Making**: new institutionalist approaches. Chicago: Chicago University Press, 1999.
- FAIRCLOUGH, N. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães (coord). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

FARR, J. Understanding conceptual change politically. *In*: BALL, T.; FARR, J.; HANSON, R. L (org.). **Political innovation and conceptual change**. 1ª edição. 1ª reimpressão. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

FEYRABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Ed. UNESP, 2003.

_____. *La ciencia en una sociedad libre*. Trad. Alberto Elena. 2ª ed. Bogotá: Siglo XXI, 1988.

FERRARA, Alessandro. *The force of exemple: explorations in the paradigm of judgement*. Nova York: Columbia University Press, 2008.

FLETCHER, George P. *Our secret constitution: how Lincoln redefined american democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. Rev. trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the mening of the constitution*. Nova York: Farrad, Straus and Giroux Publishers, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El Giro Hermenéutico*, trad. Arturo Parada. 2ª ed. Madri: Ediciones Cátedra, 1995.

_____. *Hermenêutica em perspectiva: a virada hermenêutica*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *O problema da consciência histórica*. FRUCHON, Pierre (Org.). Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

_____. *Verdade e método II*. Trad. Enio Paulo Giachini, rev. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2ª ed. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2004.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar, escrever, esquecer*. São Paulo: Editora 34, 2006.

GARRATY, John A. Introduction. In: _____. (org). **Quarels that shaped the contitution**. Nova York: Harper Perennial, 1988.

GEORGE, Robert P. Introduction. In: _____. (org.). **Great cases in contitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GILLMAN, Howard. The Court as an idea, not a building (or game): interpretative institutionalism and the analysis of the Supreme Court decision-making. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (org.). **Supreme Court Decision Making**: new institutionalist approaches. Chicago: Chicago University Press, 1999.

GINZBURG, Carlo. *Clues, myths, and the historical method*. Trad. John Tedeschi e Anee Tedeschi. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1992.

_____. Memory and Distance: Learning from a Gilded Silver Vase (Antwerp, c. 1530). **Diogenes**. Paris, n. 201, p. 99-112, 2004.

_____. *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. Trad. Rosa Freire d'Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

_____. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of Principia Mathematica and related systems I*. Disponível em <<http://www.research.ibm.com/people/h/hirzel/papers/canon00-goedel.pdf>>. Acess. 2 jan. 2010.

GREENBERG, Ellen. *The Supreme Court explained*. Nova York/Londres: W. W. Norton & Company, 1997.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Nova York: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. Manoel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2000.

_____. Between facts and norms: an author's reflections. **Denver University Law Review**, Denver, n. 76, p. 937-942, 1998-1999.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998a.

_____. *Communication and the evolution of society*. Trad. Thomas McCarthy, 1ª ed. 2ª reimp. Cambridge: Polity Press, 2003.

_____. Further reflections on the public sphere. In: CALHOUM, Craig. (org). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: The MIT Press, 1992.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Tecnos, 1990a.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *On the pragmatics of communication*. Trad. Maeve Cooke. Cambridge: The MIT Press, 1998b.

_____. *Teoria y práxis*. Trad. Salvador Torres e Carlos Moya. Madri: Tecnos, 1990b.

_____. *Time of transitions*. Trad. Ciaram Cronin; Max Pensky. Cambridge: Polity Press, 2006.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Trad. Laís Teles Benoir. São Paulo: Centauro Editora, 2004.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Trad. Luís Manuel Bernardo. Rev. trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1990.

HERRNSTEIN-SMITH, Barbara. *Crença e resistência: a dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea*. Trad. Maria Elisa Marchini Soyaneg. São Paulo: Ed. UNESP, 1998.

HOBSBAWM, Eric. Introdução: a invenção das tradições. *In*: HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. (org.). **A invenção das tradições**. Trad. Celina Cardim Cavalcante. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

HOEKSTRA, Valerie J. *Public reaction to Supreme Court decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HUTCHINSON, Dennis J. Brown v. Board of Education. In: HALL, Kermit L. (org.). **The Oxford companion to The Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HUTTON, Patrik H. The history of mentalities: the new map of cultural history. **History and Theory**, Middletown, v. 20, n. 3, p. 237-259, out. 1981.

INAUGURADO sistema de Gestão por temas da Repercussão Geral. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 17 de dez. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acess. 19 dez. 2010.

JAPIASSU, Hilton. *Como nasceu a ciência moderna e as razões da filosofia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2007.

JELIN, Elizabeth. *De qué hablamos cuando hablamos de memorias?* Disponível em <<http://www.hemi.nyu.edu/por/courses/spring2009/pdfs/jelincap2.pdf>>. Acess. 3 mar. 2010.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 1ª ed., 6ª tir., 4ª reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rev. César Benjamin. Riode Janeiro: Contraponto; Editora PUC Rio, 2006.

_____. *The practice of conceptual history: timing, history, spacing concepts*. Trad. Todd Samuel et al. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhardt. e GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenêutica*. Trad. Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1987.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LACAPRA, Dominick. Temporality of rethoric. In: BENDER, John; WELLBERY, David E. (org). **Chronotypes: the construction of time**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

LAMOND, Grant. Do precedent create rules? **Legal Theory**, Cambridge, n 11, p. 1-26, 2005.

LAX, Jeffrey R. Certiorari and the compliance in the judicial hierarchy – discretion, reputation and the rule of four. **Journal of Theoretical Politics**. Londres, v. 15, n.1, p. 61-86, jan./mar. 2003.

LE GOFF, Jaques. *História e memória*, trad. Irene Ferreira, Bernardo Leitão e Suzana Ferreira Borges. 5ª ed., 1ª reimp. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.

_____. *História e memória*. Trad. Ruy Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2000, v. 2.

LEROI-GOURHAN, A. *O gesto e a palavra*. Trad. Emanuel Godinho. Rev. Ruy Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2002. v.2: Memória e ritmos.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Justiça precisa saber como e aonde chegar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 fev. 2010, Entrevista. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>>. Acess. 12 fev. 2010.

LUCKMANN, Thomas. Construction of human life in time. In: BENDER, John; WELLBERY, David E. (org). **Chronotypes: the construction of time**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto et al. Texto não publicado, 1990.

_____. *A improbabilidade da comunicação*. Trad. João Pissarra. Lisboa: Ed. Vega, 2006.

_____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josétxo Berian e José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998a.

_____. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Rev. Darío Rodríguez Masilla. 1ª ed. 1ª reimp. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana, 2005a.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Jaiver Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder/Universidade Iberoamericana, 2007.

_____. *Observations on modernity*. Trad. William Wobrey. Sanford: Stanford University Press, 1998b.

_____. *Risk: a sociological theory*. Trad. Rodhes Barret. New Brunswick: Aldine Transaction Publishers, 2005b.

_____. Speaking and silence. **New German Critique**, Ithaca, n. 61, p. 25-36, jan./abr. 1994.

MATSUURA, LÍLIAN. Trabalho em equipe: novas ferramentas fazem escritórios se unirem. **Consultor Jurídico**. São Paulo, SP, 1 jun. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-01/repercussao-geral-recursos-repetitivos-reforcam-rabalho-equipe>>. Acess. 3 jul. 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. Rio de Janeiro, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MARKOVITS, Inga. Selective memory: how the law affects what we remember and forget about the past – the case of East Germany. **Law and Society Review**. Amherst, v. 35, n. 3, p. 513-564, 2001.

- MOLES, Abraham. *A criação científica*. Trad. Gita K. Guinsburg. Rev. Mary Amazonas Leite de Barros. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MOURA, Carlos A. R. A invenção da Crise. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise da razão**. 1ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Cia das Letras e MINC/FUNARTE, 2006.
- MORIN, Edgar. *A necessidade de um pensamento complexo*. Trad. Marcos Demoro. Disponível em <<http://www.edgarmorin.org.br/imgul/15072009173315605188650.pdf>>. Acess. 5 jun. 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NOVAES, Adauto. A lógica atormentada. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise da razão**. 1ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Cia das Letras e MINC/FUNARTE, 2006.
- OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Discutindo o essencial. **Tribuna do Brasil**, Caderno Constituição & Democracia, Brasília, DF, 5 fev. 2006, p. 10.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- _____. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PATLAGEAN, Évelyne. A história do imaginário. In: LE GOFF, Jacques (org). **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2ª tir. 2001.
- PELBART, Peter Pál. *O tempo não reconciliado*. São Paulo: Perspectiva, 1ª ed. 1ª reimp. 2004.
- PELUSO, Cesar. Ninguém lê 10.000 recursos. **Veja**, São Paulo, n. 2172, 09 jul. 2010, p. 17-21. Entrevista.

PETHER, Penny. On foreign ground: grand narratives, situated specificities, and the práxis of critical theory and law. **Law and Critique**. Londres, v. 10, n. 3, p. 213-236, out. 1999.

PERRY Junior, Hersel W. *Decidind to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

POCOCK, J. G. A. *Politics, language and time: essays on political thought and history*. Nova York: Atheneum, 1971.

PORFÍRIO, Fernando. Judiciário racional: Repercussão Geral e Súmula construíram nova Justiça. **Consultor Jurídico**, 19 jun. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-19/repercussao-geral-sumula-construiram-justica>>. Acesso em : 20 jun. 2009.

POSNER, Richard A. A political court. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 119, n. 31, p. 31-102, nov. 2005.

_____. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PRATT Jr, Walter F. Plessy v. Ferguson. In: HALL, Kermit L. (org.). **The Oxford companion to The Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

Processômetro vaio informar andamento da Meta 2 a cada dois segundos. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, DF, 3 set. 2008. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/index.php?view=article&catid=1%3Anotas&id=8443%3Aproce>>. Acess. 15 set. 2008.

PROVINE, Doris M. *Case selection in the United States Supreme Court*. Chicago: Chicago University Press, 1980.

REHNQUIST, William H. *On doing the right thing and giving the public satisfaction*. **Court Review: Journal of the American Judges Association**. Williamsburg, n. 36, p.8-9, out./dez. 1999.

RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

_____. *A memória, a história, o esquecimento*. Trad. Alain François et al. Campinas: Editora UNICAMP, 2007.

_____. The problem of double meaning as hermeneutic problem and as semantic problem. Trad. Robert Sweeney. In: IHDE, Don. (org.). **The conflict of interpretation**. Evanston: Northwestern University Press, 1974.

_____. *Historia y narratividad*. Trad. Gabriel Aranzueque Sahuquillo. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *O justo: justiça, verdade e outros estudos*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

_____. *Oneself as another*. Trad. Kathleen Blamey. Chicago: Chicago University Press, 1994.

_____. *Time and narrative*. Trad. Kathleen McLoughlin e Davide Pellauer. Chicago: Chicago University Press, 1990a, v. 1.

_____. *Time and narrative*. Trad. Kathleen McLoughlin e Davide Pellauer. Chicago: Chicago University Press, 1990b, v. 3.

ROSE, Winfield H. *Marbury v. Madison: how John Marshall changed history by misquoting the constitution*. **Political Science and Politics**, Washington, n. 38, p. 209-214, abr. 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

_____. *Equality and the dialectic between identity and difference in multiculturalism and law: a critical debate*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=804488>>. Acessado em 12 jan. 2007.

_____. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acessado em 10 dez. 2006.

_____. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy**. ROSENFELD, Michel (org.). Durham: Duke University Press, 1994.

ROUANET, Sérgio P. A deusa da razão. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise da razão**. 1ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Cia das Letras e MINC/FUNARTE, 2006.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A análise e o arquivo*. Trad. André Teles. Rev. Marco Antônio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SALVSBERG, Joachim J.; KING, Ryan D. Law and collective memory. **Annual Review of Law and Social Sciences**. Palo Alto, n. 3, p. 189-211, 2007.

SARAT, A.; KEARNS, T. R. Writing history and registering memory in legal decisions and legal practices: an introduction. In: _____ (org.). **History, memory, and the law**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005.

SARLO, Beatriz. *Tempo passado: cultura da memória e guinada subjetiva*. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. Belo Horizonte/São Paulo: Editora UFMG e Cia. das Letras, 2007.

SCHOEN, Ryan; WAHLBECK, Paul J. The discuss list and agenda-setting on the Supreme Court. In: Southern Political Association Annual Meeting, 77, Atlanta, 2006. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=912783>. Acess. 5 mai. 2008.

SEARLE, John. Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. **The Philosophical Review**, Nova York, v. 77, n. 76, p. 405-424, out. 1968.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sara C. *The Supreme Court in the american legal system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SELIGMAN-SILVA, M. Reflexões sobre a memória, a história e o esquecimento. In: _____. **História, memória, literatura: o testemunho na Era das Catástrofes**. Campinas: Editora UNICAMP, 2003.

SHAKESPEARE, William. *A trágica história de Hamlet, Príncipe da Dinamarca*. Trad. Ridendo Castigat Moraes. Disponível em <<http://ebooksbrasil.com>>. Acess. 5 fev. 2006.

SMIT, Johanna W. Arquivologia/biblioteconomia: interfaces das ciências da informação. **Informação & Informação**. Londrina, v. 8, n. 1, p. 1-13, jun./dez. 2003.

SMITH, Barbara H. *Crença e resistência: a dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea*. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

STERNBERG, Jonathan. Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court. **Journal of Supreme Court History**, Washington, v. 33, n. 1, p. 1-16, 2008.

STEVENS, John P. *Deciding what to decide: the docket and the rule of four*. In: O'BRIAN, David. M. (org.). **Judges on judging: views from the bench**. Chantam: Chantam House, 1997.

STRAUD, Barry. *Mind, meaning and practice*. In: SLUGA, Hans; STERN, David G. **The Cambridge Companion to Wittgenstein**. 1ª ed. 8ª reimp. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001a.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 1ª ed. 1ª reimp. Cambridge: Harvard University Press, 2001b.

_____. Problems with minimalism. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=880144>. Acess. 5 nov. 2006.

_____. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. Concurring the judgement. In: BALKIN, Jack M. (org.). **What *Brown v. Board of Education* should have said**. Nova York: New York University Press, 2002.

_____. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.. Gabinete da Presidência. *Repercussão geral*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>>. Acess. 12 dez. 2009.

_____. *Matérias com repercussão*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=SS>>. Acess. 19 dez. 2010a.

_____. *Matérias sem repercussão*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarRepercussao.asp?tipo=NN>>. Acess. 19 dez. 2010b.

_____. *Números da repercussão geral*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acess. 18 dez. 2010c.

STF altera dispositivos de seu regimento para aperfeiçoar instituto da repercussão geral e cria nova classe processual. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 1 de dez. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acess. 2 dez. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 50ª ed. 2009.

TIBE, Lawrence; DWORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos*. Disponível em <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf>. Acess. 12 mar. 2009.

TUSHNET, Mark. Introduction. In: _____. (org). *I Dissent*. Boston: Beacon Press, 2008.

UNITED STATES OF AMERICA . Judiciary Act, de 13 de fevereiro de 1925. Dá nova redação aos artigos 128, 129, 237, 238, 239 e 240 do Judicial Code. Disponível em <http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_15_txt.html>. Acess. 12 set. 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. *BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA*. 347 U. S. 483 (1954). Appeal from the United Sates

District Court for the District of Kansas, 347 U.S. 483 (1954). Oliver L. Brown v. Board of Education of Topeka. Redator da decisão: Ministro Presidente Earl Warren. Julgado em 17 mai. 1954. Disponível em <<http://www.supremecourtus.gov/>>. Acessado em 9 mai. 2006a.

_____. DREAD SCOTT v. STANFORD, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856). Writ of error to the Second Circuit Court of Appeals. Dred Scott v. John F.A. Stanford. Redator da decisão: Ministro Roger B. Taney. Julgado em 6 mar. 1857. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/60/393/case.html>>. Acess. 5 nov. 2009.

_____. GIDEON v. WAINWRIGHT, 372 U.S. 335 (1963). Certiorari to the Supreme Court of Florida, n. 155. Gideon v. Wainwright, Corrections Director. Redator da decisão: Ministro Hugo Black. Julgado em 18 mar. 1963. Disponível em <<http://www.supremecourtus.gov/>>. Acessado em 5 nov. 2008.

_____. KOREMATSU v. UNITED STATES, 323 U. S. 214 (1944). Certiorari to the Ninth Circuit Court of Appeals. Fred Korematsu v. United States of America. Redator da decisão: Ministro Hugo L. Black. Julgado em 18 dez. 1944. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/323/214/case.html>>. Acess. 12 mai. 2005.

_____. PLESSY v. FERGUSON. Writ of error to The Supreme Court of The State of Louisiana, 163 U. S. 537 (1896). Homer Plessy v. John H. Ferguson. Redator da decisão: ministro Henry B. Brown. Julgado em 18 mai. 1896. Disponível em <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZD.html> Acessado em 5 jan. 2010.

_____. ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (1973). Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas, n. 70-18. Roe et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County. Redator da decisão: Ministro Harry Blackmun. Julgado em

22 jan. 1973. Disponível em <<http://www.supremecourtus.gov/>>. Acessado em 9 mai. 2006b.

_____. Rules of the Supreme Court of The United States of America. Disponível em <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>>. Acessado em 27 nov. 2007.

_____. UNITED STATES v. VIRGINIA et al, 518 U.S. 515 (2006). Certiorari to The United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, n. 94–1941. United States of America v. State of Viriginia et al. Redator da decisão: Ministra Ruth Bader Ginsburg. Julgado em 26 jun. 1996. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/518/515/case.html>>. Acessado em 5 mai. 2010.

VAN FRAASEN, Baastian C. Time in physical and narrative structure. In: BENDER, John; WELLBERY, David E. (org). **Chronotypes: the construction of time**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

VIEIRA, Oscar V. Que reforma? **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, p 195-207, mai./ago. 2004.

VOVELLE, Michel. *Ideologias e mentalidades*. Trad. Maria Julia Cottvasser. 2ª ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. *Philosophical investigations*. Trad. G. E. M. Anscombe. 2ª ed. 9ª reimp. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

_____. *Tractatus logicus philosophycus*. Trad. C.K. Ogden. Cosimo Classics, Nova York, 2009.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 56, n. 3, p 787-809, jul./set. 1999.

_____. *The purpose of the past: reflexions on the uses of history*. Nova York: Penguin Press, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.