

ARTIGOS

O medo do precedente: As técnicas de decisão no Supremo Tribunal Federal

ANDRESSA LEWANDOWSKI

“Essa é uma obra de ficção, qualquer semelhança com a realidade é mera coincidência”.

A frase acima não tem um autor identificado; geralmente, é a última frase que aparece nos créditos de filmes, novelas ou seriados. Funciona para eximir as histórias contadas de qualquer responsabilidade legal diante dos fatos e personagens reais que possam servir de inspiração ao roteiro. Não obstante, a advertência poderia terminar também um processo judicial, com efeito inverso, justamente afirmando a responsabilidade legal das narrativas dos processos, como forma que garante que seu contexto é a técnica jurídica. É sobre a técnica e ficção que esse artigo se concentra, tentando capturar as formas como se produz uma decisão jurídica no Supremo Tribunal Federal – lugar em que realizei pesquisa de campo. A ideia de ficção que pretendo evocar nesse artigo tem justamente um sentido entendido pelos operadores como técnico, como aquilo que permite determinadas analogia, determinadas transformações que nos termos de Yan Thomas (2011:12) possibilitam uma alteração dos fatos na passagem do mundo do ser para o mundo do dever ser. Na realidade, talvez se possa dizer que esse artigo é sobre analogia, ou sobre o papel das analogias nessas passagem e nessas transformação; as analogias jurídicas e as minhas próprias analogias tentando compreendê-las.

Há muito se discute o caráter ficcional de qualquer produção científica, incluindo o próprio campo da produção etnográfica. Marylin Strathern, por exemplo, ao discutir o trabalho do antropólogo James Frazer, a certa altura afirma que um escritor quando escolhe o estilo científico ou literário, assinala o tipo de ficção que faz, “não se pode fazer a escolha de evitar completamente a ficção” (Strathern 1987: 276)

Contudo, a ideia de ficção que me parece operar nesses casos, pelo menos em grande parte deles – quando não se trata de uma posição de denúncia - não altera qualquer *status* de verdade ou realidade da produção – mesmo porque ele é o que menos importa, tendo em vista que são os efeitos dessas ficções que ganham maior relevo. Ainda que não me caiba aqui discutir o caráter ficcional da produção

científica de modo geral, nem tampouco comparar direito e antropologia explorando os limites de sua especulação e criatividade, tomo a produção jurídica como ponto de reflexão, seja ela científica ou não - há intenso debate sobre a científicidade do conhecimento jurídico –, como uma prática de conhecimento que carrega uma responsabilidade não descritiva do mundo, mas sobretudo prescritiva. Ao contar suas histórias, e é isso que se faz o tempo todo nos tribunais¹ e nos processos, a prática jurídica exige um veredito, uma decisão cujos efeitos deslocam o debate jurídico entre ser e dever ser, entre a técnica e seus efeitos reais no mundo. No entanto, o debate que me interessa explorar nesse artigo não enfoca exatamente as dimensões que transforma as histórias do mundo da vida² em histórias jurídicas, mas os efeitos dessas narrativas no próprio direito.

Se o interesse aqui é explorar os modos ficcionais das operações jurídicas talvez um primeiro movimento seja justamente refletir sobre a ideia de verdade no tribunal. A verdade de um processo, ou seja, a ideia de verdade jurídica é processual, extraída ou revelada (usando a expressão dos juízes) dos documentos que compõe os autos. Ela emerge como aquilo que pode ser tomado como verdade ao fim das trajetórias da série de documentos que circula pelas instâncias do Poder Judiciário; como fruto das conexões, de pequenos saltos que vão fazendo nessa circulação, das metáforas empreendidas entre a vida comum e a realidade jurídica. A própria palavra metáfora de origem grega significa exatamente transporte; um transporte de sentidos que vai da lei ao direito, de um processo a outro. O antropólogo Kant de Lima (2009) retoma o debate sobre a produção da verdade jurídica, no contexto dos inquéritos policiais, destacando a ideia da busca de uma suposta “verdade real, como base de uma sentença e da “certeza do juiz para senti-la” (:37). Essa tem sido a dimensão mais destacada nas análises das decisões judiciais na tradição brasileira de pesquisa com judiciário, evidenciando o caráter autoritário do sistema brasileiro, para não dizer do sistema jurídico como um todo. O destaque que faço aqui diz respeito exclusivamente ao meu próprio contexto de pesquisa, em que afirmações nesses sentidos – sentir onde está a verdade de um caso, sempre me pareciam mais metafóricas do que literais. Os debates que acompanhei sobre verdade jurídica eram, de modo geral, sempre estabelecidos a partir justamente da ideia da impossibilidade da verdade dos fatos tal como aconteceram, enfatizando o que alguns dos ministros chamavam de verdade parcial ou possível. Acompanhando essas afirmações, meu esforço está na compreensão das operações que possibilitam estabelecer esse tipo de verdade.

A ficção aparece então, nesse contexto, como modo de criar relações não evidentes – ou criar formas compatíveis e comparáveis de relacionar dimensões distintas de um processo: um caso e a uma causa, funciona como um operador lógico que conecta quatro dimensões – os fatos e o direito e o direito e a lei, em busca de um tipo específico de verdade. Conforme Juan José Saer (2012), a veracidade, atributo pretensamente científico, não é outra coisa que o pressuposto retórico de um gênero literário, não menos convencional que as três unidades da tragédia clássica, ou o desmascaramento do assassino nas últimas páginas do romance policial.

1 Destaco a pesquisa da Antropóloga Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer sobre rituais no tribunal do júri, em especial. “Tribunal do Júri: dramatizações da vida através de complexos jogos narrativos” (Schritzmeyer 2007)

2 Existe uma longa e consolidada produção no Brasil sobre processos jurídicos envolvendo minorias políticas, direitos humanos e racionalização jurídica. Ver: (Oliveira 2010b), (Schuch 2005), (Farias 2011), (Ferreira 2011), (Mendes 2010)

Na mais perversa das dimensões ficcionais do direito podíamos identificar uma ideia de ficção jurídica no não-cumprimento daquilo a que se dá o nome de “garantias constitucionais”, que funcionam apenas para uma parcela da população – aquela com acesso às bancadas de advogados com recursos e *expertise* necessários para acionar o sistema de justiça em toda sua complexidade³ – os direitos previstos nos códigos normativos não passariam então de ficção – aqui no sentido negativo que evoca, na medida em que não funcionam, tampouco garantem direitos a todos, mas, ao contrário, existem a partir de critérios desiguais.

No entanto, a noção de ficção que tomo como ponto de análise não se dá em contraste com o real, mas tem um sentido técnico que inclui os próprios sentidos jurídicos do conceito; ficção como ferramenta fundamental da operação jurídica. O conceito de pessoa no direito é um exemplo dessas operações: uma pessoa jurídica é um artifício legal (ver Onto e Lewandowski 2013), um tipo de metáfora que permite determinadas ações jurídicas. Segundo Onto (2016)

a noção de pessoa jurídica é o exemplo mais claro do que os juristas chamam de uma “ficção legal” ou “ficção jurídica”, um conceito amplamente conhecido e utilizado tanto no direito civil quanto no direito anglo-saxão. Uma ficção jurídica, na definição mais usual, é uma afirmativa, feita por um juiz (ou jurista ou advogado), de que algo existe ou é um fato, quando todos, inclusive o próprio juiz e sua audiência, sabem que este fato “na verdade” não existe (Riles *apud* Onto, 2016 :3).

Como destaca Geoffrey Samuel (2014) categorias como pessoa, dano, culpa, que o direito e a lei tratam como coisas da vida social, são na realidade categorias jurídicas, fatos virtuais retomando o conceito do autor. Se recuperarmos parcialmente a teoria clássica do direito, pelo menos do direito positivo de tradição civilista, é possível perceber que a ideia de sistema hierárquico normativo defendida pelo jurista alemão Hans Kelsen e base de grande parte dos sistemas legais, carrega uma dimensão ficcional na qual está baseado todo um sistema axiomático.

A hierarquia entre as normas jurídicas foi pensada pelo jurista Hans Kelsen (1987) a partir de um modelo piramidal, em que uma norma só teria validade na medida em que estivesse ligada a normas superiores por laços de compatibilidade, em uma cadeia finita que culminaria na norma fundamental. A Constituição, no topo da cadeia do direito interno, seria então pressuposto de validade de qualquer ato normativo abaixo dela, sem, no entanto, ser ela mesma a norma fundamental em que se ancora todo sistema. Conforme destaca Nodari (2013), a norma fundamental de Kelsen é

pressuposta, imaginária, ficcional (para postular o estatuto da norma fundamental, Kelsen se baseou na *Filosofia do como se*, de Vaihinger, para o qual até mesmo o discurso científico residia, em última instância, sobre alguma ficção). Ou seja, uma maneira de dar validade ao sistema, de remetê-lo ao Um (ainda que alguns queiram ligá-la ao princípio de que os pactos devem ser cumpridos – *pacta sunt servanda* –, e outros, muito mais tacanhos, à Constituição). Teríamos, assim, um sistema de normas com conteúdo baseadas numa norma sem conteúdo e fictícia (:6)

³ Em certa medida o Sistema judiciário é privado no Brasil, porque seu funcionamento depende de recursos humanos e técnicos não disponíveis a toda população.

O direito operaria na relação entre o legal e o ilegal, a partir de requisitos formais de posição, o que transformaria todo sistema jurídico em um sistema circular autorreferente, ou, nas palavras de Luhmann, “o que funda o direito é o próprio direito” (1993:15). Não obstante, argumenta Annelise Riles (2010), as ficções jurídicas não são uma teoria jurídica, mas uma prática do direito que atua em sua racionalidade. Desse modo, as ficções não são nada além de ferramentas do conhecimento jurídico, não sendo, em certa medida, nem boas nem ruins. Não vem ao caso se os juristas acreditam nelas ou não, porque o fundamental são os modos como podem ser usadas, e é preciso saber usar. Existe um tipo de rigor criativo reivindicado pelos juristas como parte de sua técnica. Certa vez ouvi de um jurista no STF que um bom advogado é aquele capaz de contar suas histórias como se aquilo não passasse de senso comum. Seria preciso, nessa medida, eclipsar todas as relações não convencionais empreendidas nos processos de modo a contar uma história que pareça acessível e, portanto, verdadeira.

Em artigo de Tim Murphy (2004) intitulado “*Legal fabrication and the case of cultural property*”, o autor se pergunta se o direito ou a lei - e notem que estamos falando de instâncias distintas – têm a capacidade de “fazer” alguma coisa. Para além da ideia de que direito e lei fazem diferença no mundo, ou seja, produzem impacto, Murphy argumenta que, fazendo jurisprudência, o direito faz é o próprio direito, e toda a ideia da jurisprudência enquanto acúmulo de decisões num mesmo sentido é produzir uniformidade diante da multiplicidade tanto da vida como do direito, por meio de seu constrangimento em grades e sistemas de classificação que permitem que decisões jurídicas “aconteçam” no mundo. Esses sistemas de classificação não fazem mais que produzir e contar histórias, circulando sentido entre elas, de modo a criar uma rede de referências, uma certa racionalidade a que se dá o nome de “técnica jurídica”.

Tendo em vista essas questões, este artigo tenta articular os modos como se fazem decisões a partir de um recorte na ideia de técnica e do uso e produção de paradigmas. Ainda que esse seja o centro da reflexão agora proposta, vale um esclarecimento de partida sobre o próprio processo decisório. Como já argumentei na tese doutoral (2014), uma decisão é também efeito de toda uma série de pequenas decisões anteriores ao julgamento propriamente dito, decisões estas que estão na classificação das causas, nos procedimentos e na circulação dos autos. Assim, são também efeitos da composição dos autos processuais e suas temporalidades. Um exemplo desses procedimentos está na própria classificação das ações judiciais. Cada caso que chega ao Supremo é classificado por semelhança a outros casos já em andamento, de modo a acumular na mesma rubrica, com a mesma decisão, uma única causa para a qual se pode desenvolver um modelo de decisão. Nesses procedimentos, que tornam processos iguais ou semelhantes, a atuação administrativa do tribunal consegue em certa medida constranger seu resultado. Ao estabelecer os critérios de compatibilidade entre os casos também se está produzindo a decisão. De modo que, em se tratando de processos com “jurisprudência pacificada”⁴, a decisão capaz de decidir de fato é anterior à decisão de direito.

⁴ Uma jurisprudência pacificada diz respeito a causas já decididas pelo tribunal e tornadas modelos para outros casos semelhantes. Cabe lembrar aqui que o Sistema jurídico brasileiro de tradição civilista não reclama o uso dos precedentes como base de uma decisão, como opera por exemplo o Sistema da Common Law, segundo o qual bastaria que uma decisão estivesse de acordo com a lei para que tenha validade. No entanto, e especialmente no Supremo Tribunal Federal, é possível identificar um movimento das decisões que toma o Sistema de precedentes como privilegiado para as decisões futuras, ainda que com características próprias, como pretendo demonstrar.

De outro modo, é possível dizer que os processos chegam ao plenário do tribunal – momento oficial de parte das decisões – com a decisão mais ou menos delineada tanto pela forma como foi classificado o processo, quanto pelos caminhos que tomou durante o processamento. Mas a decisão plenária consegue, em certa medida, evidenciar alguns desses recursos decisórios que compõem as técnicas de interpretação constitucional como um tipo de tradução que visa conectar tudo que compõe os autos processuais à dimensão normativa do direito, ou seja, às leis e códigos. Na realidade, o que me parece é que as próprias formas procedimentais de organizar as coisas acumulam e incorporam essas técnicas de tomadas de decisão, na medida em que antecipam resultados e criam caminhos possíveis.

Certamente uma decisão judicial acumula muitas dimensões além da técnica, mesmo porque a própria ideia de técnica carrega sua política própria. No entanto, pretendo rastrear e analisar aqui justamente aquilo a que se chama de “técnica do direito” e o técnico no direito, a fim de tentar estabelecer os caminhos e as formas de uma decisão, seus modos de produção de sentido no mundo e do mundo⁵.

A ideia de técnica aparece de modos distintos entre os operadores; ora contrasta com uma ideia de política – o direito é técnico e não político –, ora registra processos cujas controvérsias processuais seriam técnicas. Essas duas ideias gerais não são rigorosamente descontínuas ou estanques, mas operam situações entendidas como diferentes das quais falarei mais adiante.

Ainda que pontualmente se adote para os fins da análise uma noção de técnica enquanto categoria local, o que atravessa o artigo consiste na tentativa de compreender o caráter técnico do direito em uma dimensão que envolve as ideologias legais, os instrumentos jurídicos, os atores – profissionais e estudiosos –, os paradigmas de resolução de conflitos, a orientação para a definição concreta dos processos, além de uma forma de raciocínio e argumentação (Riles 2005). Direito nessa medida é mais do que um campo de domínio normativo da vida, mas uma prática de conhecimento, que exige uma forma de raciocínio mais ou menos estabilizada, a qual se produz através da técnica e de uma narratologia baseadas sobretudo no uso instrumental da metáfora: o direito como se fosse a vida ou como se fosse senso comum, usando a expressão do ministro Luís Roberto Barroso em entrevista a mim concedida.

A ideia de prática de conhecimento cumpre aqui o papel de deslocar a dissonância entre teoria e prática no direito como campos distintos e por vezes contraditórios, tentando apreender seus próprios recursos de produção e circulação como fundamentos daquilo que se pode chamar de direito. Nesse sentido, uma decisão pode ser tomada não apenas por seus efeitos no mundo, mas como efeito de seus próprios processos. A alquimia de uma decisão envolve uma constelação de teorias, ponderações e consequências pontualmente analisadas com vistas a identificar, em meio a inúmeras possibilidades, a melhor resposta a uma causa em disputa. Certamente não se trata de equacionar as disputas judiciais a partir de um gabarito único e coerente, mas ao contrário, como argumenta Latour (2009) existe um conjunto sutil de transformações operadas nos julgamentos e parece evidente que o que está envolvido não é exatamente um processo de raciocínio em que exista um fluxo de ideias homogêneas que estariam ligadas entre si logicamente. E tampouco, acrescenta o autor, existe um corpo ordenado de textos legais

⁵ Cabe destacar que algumas vezes a urgência de uma ideia de justiça atropela qualquer ideia de rigor jurídico e a aparência de senso comum não carrega nada além do próprio senso comum (ver Lupetti, Kant de Lima 2009) ainda assim é preciso inscrever a decisão naquilo que se pode reconhecer como produção técnica.

que seriam suficientes para unir as coisas a fim de gerar uma decisão. A “passagem da lei” manifesta-se primeiro na modificação que sofrem os objetos de valor no curso da ordenação, através da qual sua circulação é acelerada ou reduzida (:140). Tomar a técnica como exercício analítico para entender as formas de conhecimento jurídico, ainda que parcialmente – dado que certamente não existe um único tipo de direito, nem tampouco seus operadores reivindicam tal unidade –, me parece acionar uma possibilidade não de dar sentido a um universo em que as pessoas estão justamente produzindo sentido, mas de entender como esses sentidos são produzidos.

Julgamento plenário

“Interpretar é transformar uma coisa em outra”, disse certa vez o hoje ministro aposentado Eros Grau, e de fato o ato de interpretação como uma ação de tradução da norma em direito não parece ser nada além disso: um ato de transformação. O texto legal, ao ser interpretado, traduzido em casos concretos, transforma-se em outra coisa, assim como os fatos do mundo comum, quando judicializados, também sofrem transformação da mesma ordem (quando “quadrado vira redondo”, no dito popular jurídico). Nos sistemas jurídicos como o brasileiro, de tradição civilista a técnica se funda em uma dedução: se deduz a resolução do caso a partir da leitura do texto legal, num movimento verticalizado em que supostamente essa dedução aparece como simples aplicação. De certo modo, como já observou Bevílaqua⁶, a técnica faz com que a norma diga exatamente aquilo que ela passa a dizer quando traduzida ou deduzida pelo tribunal.

Ao mesmo tempo em que a transformação parece ser a condição para que se garanta continuidade e segurança – os grandes objetos de valor observados nas decisões – esse movimento reivindica uma ideia de controle, minimizando as transformações e causando a impressão de que tudo se passa como a interpretação já estivesse prevista. Não por acaso o verbo usado pelos ministros em seus votos é o “revelar”: a interpretação revelaria alguma coisa que na realidade já existia antes; por mais que a ideia pareça estranha, ela carrega um sentido que pretendo evidenciar.

Na medida em que os casos em questão vão se tornando semelhantes, análogos uns aos outros, a interpretação aparece como se “aplicar a lei” fosse apenas inscrevê-la em modelos. Ainda que seja isso que se espere ou que se enuncie, o movimento de transporte de sentidos parece mais complexo do que a mera acumulação, é um transporte que transforma e uma transformação que transporta, como já observou Nodari (2014). Nessas transformações, a dedução ganha outros movimentos que se assemelham às tradições jurídicas norte americanas, por exemplo. Para resolver um caso não basta olhar para a regra que possivelmente se conecta ao caso, mas é preciso sobretudo encaixar os casos diante de outros tantos que possam servir de referência, que possam cumprir um papel fundamental na analogia e, portanto, na técnica de decisão.

Como um primeiro exemplo do que estou tentando argumentar tomo um recurso jurídico que pretendia reverter uma decisão de tribunal de primeiro grau e assegurar imunidade tributária aos hos-

⁶ Ciméa Bevílaqua, comunicação pessoal.

pitais de economia mista (públicos e privados). Os hospitais desse caso teriam sido expropriados na década de 70 e passaram a ser controlados pela União, que detém 99,9% do quadro acionário. Destaco desde já que a questão era aparentemente simples – ou pelo menos assim foi considerada pelos funcionários com quem conversei. Pessoa jurídica de direito privado (empresa) deve pagar impostos estaduais, logo, seria claramente constitucional cobrá-los. Some-se a isso o fato de que a própria União participou do processo defendendo essa interpretação.

Relator: Por esses motivos que apresentei, eu nego provimento ao recurso (O relator concluiu que os hospitais deveriam pagar os impostos.)

Ministro B: [...] quero fazer uma observação só para que se veja o tamanho da balbúrdia que se criou. [...] Cuida-se de empresa que foi objeto de expropriação em razão da continuidade mesmo da prestação dos serviços de saúde, mas em relação, por exemplo, aos Correios, empresa pública que exerce atividade de serviço público e tem uma atividade monopolística, nós temos reconhecido a imunidade [precedente RE 601.392]. Eu tenho dificuldade de fazer uma sacralização da forma, tendo em vista inclusive as situações peculiares que nós vivenciamos no âmbito do direito administrativo constitucional. Temos essas entidades que exercem atividades típicas do Estado, mas são consideradas privadas. O difícil é fazer uma caracterização na natureza jurídica dessas entidades.

Ministro B: Há um outro dado que me chama atenção. Porque na verdade a pergunta é a seguinte: se ao invés de 99,9%, se todo capital fosse da União, o hospital seria um hospital público. Só porque 0,01% não é, muda o regime jurídico?

Ministro C: Mas aí não é público.

Ministro C: O problema é que eles querem manter a aparência de uma sociedade anônima quando, na verdade, 99,9% do capital é da União.

Ministro A: Por que a União não incorporou todas as ações? A rigor temos que fazer a análise do serviço que se presta, e infelizmente aqui há uma mescla de institucionalidade e realidade. Nós temos que analisar se esta entidade presta serviço público.

Ministro E: Estou examinando nos autos que o hospital não está limitado à prestação de serviço público. Não há garantia que esse controle acionário seja passado, com a imunidade [tributária] junto.

Ministro C: Aqui, na verdade, estamos diante de uma ficção. Entendeu-se que era conveniente manter como sociedade de economia mista.

Ministro F: O que a União fez, me permitam o prosaísmo, foi um salto triplo carpado.

Ministro C: O que nos vem do artigo 173 (lê o artigo), que está em bom português, é que o fato de a União deter 99,9% não transforma a sociedade anônima em pessoa jurídica de direito público. Nego o recurso.

Ministro B: Eu vou pedir vista.

Algum tempo depois o colegiado voltou a examinar o caso e deu provimento ao recurso a partir do precedente dos Correios, o que significa que os hospitais garantiram a imunidade tributária com base na imunidade da empresa de Correios e Telégrafos. Todavia, o resultado não será relevante, tendo em vista que o que pretendo estabelecer são aspectos que produzem decisões. A primeira questão que chama atenção é que as possíveis combinações de artigos constitucionais vão produzir resultados distintos em um mesmo caso. No caso descrito, cada uma das combinações revelou, nos termos locais, entendimentos divergentes; no entanto, o que parece interessante em última instância é que os próprios objetos eram diferentes: por um lado, a possibilidade de se tratar de uma empresa pública, por outro, de uma empresa de economia mista.

Existem duas condicionantes que parecem operar nesse julgamento. Se, por um lado, se pode abstrair o 0,01% para dizer que se trata de uma empresa pública, logo, apesar do 0,01%, quem controla os hospitais é o Estado. Por outro lado, pode-se também abstrair que se trata apenas de 0,01%, logo, mesmo que a porcentagem seja pequena, ainda assim seria uma empresa de economia mista. Essas duas operações enquadrariam os hospitais em regras previstas em artigos constitucionais diferentes, sobre os quais bastaria uma interpretação literal.

O entendimento firmado pelos ministros foi o de que empresas que prestam exclusivamente serviços públicos estão abrigados pela imunidade tributária. A atuação dessas empresas corresponderia à própria atuação do Estado, são como se fossem, e aqui o entendimento é estendido a outros casos semelhantes que não apenas os hospitais, na medida em que a decisão precisa ser generalizada como tese. A questão fundamental é descobrir a natureza jurídica dos serviços, ainda que esses serviços – os de saúde possam ser oferecidos tanto pelo Estado como pelo setor privado.

Se atentarmos ao precedente evocado nesse caso, os Correios, nota-se ainda que, embora parecidos, os dois casos carregam uma diferença fundamental. Os Correios prestam um serviço exclusivo do Estado, já os hospitais não; tendo em vista que o serviço de saúde não é exclusividade, prestam serviço concorrencial. O que permite a compatibilidade de um caso com o outro não é uma semelhança de princípios, mas de efeitos.

Qualquer caso decidido pelo Tribunal deve levar em conta sua jurisprudência; é ela a garantia de que não se está “inventando demais”, expressão usada por alguns ministros e funcionários do Tribunal que quer dizer que ministros algumas vezes “não resistem a agir como legisladores”, assegurando também que as coisas, embora estejam sempre em transformação, não mudem a ponto de fugir a regras de previsibilidade e segurança. A experimentação e a criatividade da técnica precisa ser de alguma maneira controlada. Desse modo, a posição dos ministros precisa ser localizável e reconhecível ou nos precedentes ou na doutrina, e de preferência, nos dois registros, ainda que essa localização não se de exatamente conforme um sentido lógico do que se chama do direito de *ratio decidendi*. Explico.

A pesquisa da jurisprudência e os precedentes que serão usados na decisão possibilitam que um entendimento seja revelado. Os precedentes fornecem aos ministros um mapa de possibilidades e permitem a comparação e a analogia. Um novo processo só pode ser solucionado a partir dessa comparação com outros casos que “foram reunidos sob uma mesma regra ou princípio” (Riles: 2007), ou ainda,

com a mesma indexação⁷, tendo em vista que os sentidos das normas constitucionais ou legais vão sendo aos poucos definidos e criados pela jurisprudência, portanto, sua observância é elemento fundamental de uma nova decisão. Como destacou Bevílaqua (2011:67), a jurisprudência gradativamente consolidada contribui de forma ativa para criar ou reconfigurar o próprio mundo ao qual suas disposições se referem. A analogia pode operar então a partir da comparação, combinação ou justaposição dos diversos documentos e textos produzidos nos autos processuais e de outras camadas de textos que são os parâmetros jurisprudenciais e normativos.

No entanto, existe uma peculiaridade no uso dos precedentes nos votos, à qual o caso que apresentei serve de exemplo. Não necessariamente existe uma continuidade entre o que se está decidindo e a lógica que operou o precedente citado, até porque, para localizar os precedentes de uma determinada matéria, é preciso identificar as palavras-chave que constam na indexação do caso anterior para que o sistema de busca escolha os processos correlatos. Algumas vezes os ministros apenas anexam numericamente o precedente ao voto ou citam pequenos trechos dos votos individuais proferidos no caso anterior como base de seu novo voto. Esse mesmo precedente será anexado ao dispositivo decisório, sem que seja preciso expor a *ratio decidendi* que torna o precedente compatível, ou que exista a necessidade de uma análise mais aprofundada da jurisprudência sobre determinada matéria. Abreu e Souza (2013) observam que:

a prática de utilizar argumentos retirados de julgados anteriores, sem um exame mais detalhado do contexto e das discussões que cercam a decisão, caminha na direção contrária a toda uniformização. Neste sentido, os julgados são usados, por assim dizer, como um repositório de possibilidades à disposição do julgador, onde os argumentos são descontextualizados e ressignificados em contextos novos cujo resultado é, talvez, incompatível com o sentido original. (:75)

Existe aqui um jogo de contextos que evocam processos não lineares possibilitando o transporte de sentidos de um caso a outro. O movimento de descontextualização e recontextualização é a base da própria operação técnica; os fatos traduzidos em casos⁸ que saem do contexto da vida comum para o contexto do direito e os casos transformados em causas contextualizadas na rede de referências acionada. O que me parece operar no uso dos precedentes é um tipo de justaposição definida por Yngvesson e Coutin (2008). Conforme as autoras, a justaposição implica buscar correspondências entre os fragmentos que podem ser contrários, sendo que estas correspondências são possíveis não por uma forma que existe fora do âmbito dos fenômenos, mas sim pela possibilidade da própria analogia.

⁷ A indexação de um acórdão é diferente da indexação dos autos e é feita na Seção de Composição de Acórdãos. Essa indexação consta no próprio documento da decisão.

⁸ Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2008) já destacou a prática jurídica de “redução a termo” como mecanismo de filtragem interpretativa. Segundo o autor: O foco do Juizado na “redução a termo” das disputas, filtrando apenas a dimensão estritamente legal dos conflitos, talvez permita pensarmos numa certa *fetichização do contrato* – como categoria englobadora das prescrições jurídicas de todo tipo –, característica do direito positivo, em que o espaço para articular demandas é limitado ao que está estipulado no contrato e no código penal (ou civil), como prescrições autocontidas, autossuficientes e abrangentes o bastante para equacionar os conflitos que chegam ao Judiciário. (:138)

As transformações acionadas nos precedentes e pelos precedentes, portanto, "replicam" (Biagioli 2006) as decisões anteriores, lembrando que a réplica não é sinônimo de reprodução. No caso descrito acima, se o precedente dos Correios tivesse sido apenas reproduzido, o resultado seria outro, dado que "serviço público exclusivo" e "exclusivamente serviço público" não têm exatamente o mesmo sentido. O que une os dois casos é o fato de que, supostamente, carregam a mesma *hipótese jurídica*, sendo tecnicamente iguais. No caso dos Correios, o Estado (União) detém o monopólio do serviço prestado; no caso dos hospitais, estes prestam o serviço de saúde exclusivamente através do Sistema Único de Saúde – fato que retirou do hospital (empresa) a característica de praticar atividade econômica. Tornando assim os hospitais "como se fossem" os Correios, empresas com a mesma natureza jurídica, cria-se uma ficção específica que funciona nos limites daquilo que pode ser decidido, tornando explícita⁹ a teleologia implícita da norma, ou seja, seus objetivos. De certa forma pode-se dizer então que se "aplicou a lei".

Os precedentes tornados compatíveis transportariam ao novo caso a autoridade de seu dispositivo, ainda que existam diferenças fundamentais entre o que se está a decidir e o que já foi decidido. O contexto de uma decisão tomada como precedente é menos importante que a ideia de continuidade – real ou operacional – que ela agrupa à nova decisão, sendo o efeito aqui quase formal. De fato, não é a autoridade o que parece mais relevante nesse transporte, mas uma noção de controle.

Quem controla o tribunal?

Tentando concluir o argumento vou apresentar um último caso, cujo debate inscreveu-se na controvérsia pública sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de duas ações, uma ADI e uma ADPF, que demandavam ao Tribunal uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, que trata da união estável:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Esse é o trecho do código civil tornado causa jurídica nas ações a que me referi. A técnica demandada – interpretação conforme – objetiva excluir interpretações da lei que impeçam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no dispositivo. De modo sintético, a técnica de interpretação conforme não declara a lei inconstitucional, nem o poderia; já que a legislação repete a norma constitucional e seria certamente estranho declarar inconstitucional a própria Constituição. Nesse sentido, a técnica apenas limita sua interpretação aos marcos definidos pelo Tribunal. Seguem trechos do debate envolvendo a questão:

⁹ Strathern descreve o movimento de "tornar explícito" como um modo de literalização, de colocar para fora coordenada pressupostas (1992: 5).

Ministro A – [...] verifico, ademais, que nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. (Lê trechos dos debates entre os deputados constituintes.) [...] os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extraír da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Ministro B – [...] eu tinha também, presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, a Constituição enquanto norma. E para isso nós não podemos dizer que nós lemos na Constituição o que nos quisermos, pois precisa existir um consenso básico. Temos de dizer por que nós estamos fazendo essa leitura, diante de um texto tão claro que diz que a união estável é a união estável entre homem e mulher. O que leva, portanto, alguns a entender aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio no sentido de vedar, mas que não é a consequência inevitável, tal como nos sabemos. Há outros direitos envolvidos que justificam a criação de um modelo idêntico ou semelhante ao modelo da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, no princípio da não discriminação. É preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo.

– Vossa Excelência me permite? Tem [a Constituição] princípios implícitos e explícitos. E se formos ao rol das garantias constitucionais, isso está em bom vernáculo.

– Eu assinei em meu voto que nós estamos ocupando o lugar que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou que há uma certa inércia do Parlamento em regular essa matéria, mas é preciso cuidado.

– Nós estamos dizendo que não há lacunas. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos que habilitam esse julgamento a concluir pela paridade de situações jurídicas.

– Eu concordo com Vossa Excelência que a Constituição contém normas muito claras e direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se aqui vamos aplicar por extensão a norma constitucional ou vamos fazer por analogia, é uma discussão que no resultado vamos nos aproximar.

Como os próprios ministros apontaram, existem aqui duas técnicas diferentes que foram acionadas para o caso e que tentarei explorar. A primeira delas torna a união homoafetiva não equivalente, mas igual à união entre homens e mulheres; no segundo sentido a união entre pessoas do mesmo sexo passa a “ser como se fosse” a união entre pessoas de sexos diferentes. A sutileza da diferença tem efeitos diferentes no estatuto jurídico das uniões estáveis.

Quando este processo foi julgado, perguntava-me qual a diferença fundamental dele para o processo anterior, quando o Supremo incluiu no rol dos beneficiários da imunidade tributária recíproca determinadas empresas de economia mista. Claramente a diferença está na dimensão moral do caso, mas por ora essa dimensão é menos relevante. Nos dois casos, a Constituição não prevê expressamente a decisão da corte. Como acontece inúmeras vezes – tendo em vista que as decisões que apenas repetem a norma constitucional não são as mais comuns –, as decisões criam coisas.

Um dos ministros deixa claro em seu voto que, no seu entendimento, existe uma omissão deliberada da Constituição em relação à possibilidade de a união entre pessoas do mesmo sexo ser considerada um tipo legal de família que possa ser abrigada pelo conceito legal de união estável. A “intenção do legislador constituinte originário” é verificável nos documentos que registram os debates da Assembleia Nacional Constituinte e constam nos autos. Se não existissem esses documentos, seria mais simples resolver a questão. Ainda assim foi possível ao ministro equacionar o caso com uma resposta que, no seu entendimento, é provisória, dada a partir da técnica de “analogia integradora”.

No entendimento do ministro, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo não são ilegais, ao contrário, estão protegidas pelos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa, devem, portanto, ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Contudo, ainda segundo seu entendimento, a família constituída pela união entre pessoas do mesmo sexo é diferente daquela definida pela norma jurídica que expressamente diz “homem e mulher”. A solução técnica encontrada afirma que o rol de entidades familiares contidas na norma constitucional não é taxativo; a norma citaria as entidades familiares mais comuns, mas não as únicas. As demais entidades familiares estariam implícitas na norma – o caráter da citação expressa de algumas entidades familiares teria então mero caráter exemplificativo. Ainda assim não era possível resolver o caso, dado que, mesmo que seja uma entidade familiar, não seria a mesma definida para a união estável. Depois de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, poderia então o ministro aplicar temporariamente, para efeitos legais, a norma que lhe é mais próxima, qual seja, a união estável entre homens e mulheres. Nesse caso, uniões homoafetivas seriam – temporariamente – como se fossem uniões heterossexuais, apenas para efeito de proteção legal.

Embora com o mesmo resultado, o outro recurso técnico utilizado pelos ministros reside na superação da “literalidade”, buscando a finalidade da norma. Não a finalidade dada pela “vontade do legislador” constatada nos documentos da Assembleia Constituinte, que serviu de baliza ao voto anterior, mas uma finalidade quase ontológica, que diz respeito à natureza da norma constitucional referente à união estável. Nesse entendimento, seria a união estável resultado de um mecanismo de inclusão, cuja finalidade está em garantir a equiparação legal entre esposa e companheira. Desse modo, não poderia o intérprete visualizar em uma norma de inclusão uma “restrição preconceituosa” que não permite

incluir outras relações. É a sensibilidade técnica dos ministros que permite então uma interpretação "superadora da literalidade", a partir de um entendimento "generoso". Esse entendimento revela o "espírito da norma", plenamente assentado no "espírito da Constituição".

Mas é preciso cuidado, como afirmou um dos ministros. Não com o resultado da questão em si, mas com o procedimento que permitiu sua existência. É o cuidado com o precedente que, quando inaugurado, precisa de um certo controle tanto da extensão da decisão – e não à toa um dos ministros em algum momento do julgamento diz: "estamos tornando legal a união estável entre duas e somente duas pessoas" – quanto com o uso da técnica que permite tal resultado. A preocupação com a extensão da decisão, tendo em vista que a parte dispositiva de um acórdão é a rigor curta e quase enigmática, existe tanto na medida em que a decisão precisa ser generalizável, como também em casos em que os limites da atuação dos ministros não estão claros. Embora os juízes sejam obrigados a decidir uma questão que lhes é demandada, não poderiam em tese ultrapassar os limites de um desenho institucional do Estado. No entanto, esses limites nem sempre estão nitidamente definidos e talvez cada vez mais indefinidos. A decisão então se torna ela mesma um objeto de valor, não por seu conteúdo explícito, mas pelos efeitos que tem na articulação em outras decisões. Uma decisão, seguindo Biagiolio (2006), articula dois tempos distintos: a controvérsia concreta a que ela responde e as possíveis decisões futuras nas quais pode ser usada como precedente. Em última instância, o que uma decisão produz é outra decisão. Desse modo, as decisões emergem da mistura entre o que era antes e o que deverá ser. Como sugeriu Pottage (2004). "estamos em ambas as extremidades do contínuo", como se tivéssemos, ao mesmo tempo, "mais tradição e mais modernidade" (Strathern *apud* Pottage: 9).

No caso do STF o efeito da decisão, enquanto objeto, é potencializada na medida em que grande parte dos casos a jurisprudência da corte é tomada como parâmetro para os demais tribunais do país, o que a torna ainda mais arriscada. A gerência ou o controle desse "risco" é mais ou menos atenuada, na medida em que as decisões são supostamente ou metonimicamente ancoradas em decisões já tomadas, ou seja, na medida em que significados e sentidos que estão sendo produzidos vão sendo criados uns a partir dos outros ou por meio dos outros (Wagner 1981) garantindo certa estabilidade. Essa estabilidade virtual também está no cuidado em relação a própria criação dos precedentes, quando se pode a todo tempo antecipar seus efeitos controlando ou mesmo bloqueando parte de suas possíveis consequências. Ainda assim a relação entre o contínuo e o descontínuo é própria da técnica de interpretação e toda sua dimensão criativa imanente, tanto no uso como na criação da jurisprudência. Coutin e Yngvesson (2008) chamam atenção para as noções de tempo no direito como algo que não exatamente passa, mas que implode justamente a noção de passagem do tempo, porquanto nada nunca acaba. Essas várias representações temporais criariam uma abertura para o conhecimento produzido através do direito (: 5). O tempo não passa porque as decisões não acabam, no sentido de que as analogias legais dos processos são emendadas umas nas outras (Pottage 2014: 156)

De certa forma é possível dizer, concluindo o argumento, que os operadores lógicos do direito – tais como o "como se", funcionam a partir de criação ficcionais temporárias que dão realidade às decisões. Temporárias justamente porque funcionam apenas nas operações; tendo em vista que existe pouco de ficcional nos efeitos de uma decisão judicial. O como se de um processo funciona justamente

permitindo que a decisão se produza, conectando os casos concretos a outras dimensões da racionalidade jurídica. É justamente porque existe um “como se” que o direito consegue criar a sua própria realidade ontológica e epistemológica ao mesmo tempo. Com efeito, o como se enquanto operar lógico, é um poderoso instrumento epistemológico, já destacava Hans Vaihnger, autor da Filosofia do Como se, um meio para um fim, é disso que se trata o procedimento decisório, um processo judicial. Ainda que caiba destacar que o meio do direito funciona para criar essa realidade outra estabelecendo uma distância espaço - temporal entre o mundo da vida e a realidade jurídica. Roy Wagner retoma o argumento de Vaihnger (2001) na Invenção da Cultura, afirmando a necessidade de tomar a cultura como se ela existisse enquanto uma coisa. Nesse sentido, o como se, se torna uma ferramenta de tradução de uma série de significados em outros, que toma o referencialismo do símbolo da convenção um tipo de subjuntivo (1986).

Arrisco para finalizar, com uma analogia entre a produção jurídica e a dimensão ficcional do perspectivismo ameríndio destacada por Eduardo Viveiros de Castro (2002). Dizia o autor, que a dimensão ficcional da experiência do pensamento, trata de pôr em ressonância interna dois pontos de vista completamente heterogêneos, produzindo uma ficção que é antropológica, ainda que sua antropologia não o seja. Com medidas politicamente diferentes, e marcando a própria política da analogia, a operação jurídica guarda certa semelhança. Cria ficções que operam as decisões, ainda que a decisão seja de fato, direito.

Andressa Lewandowski é mestre em Antropologia Social pelo PPGAS/UFPR e doutora pelo PPGAS/UNB. É professora da UNILAB (Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira), no Ceará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, L. E., & SOUZA, L. M. 2013. *O golpe e os marinheiros: notas sobre o uso à brasileira da jurisprudência no STF*. Universitas JUS.
- BEVILAQUA, C. H. 2011. *Chimpanzés em juízo: pessoas, coisas e diferenças*. Horizontes Antropológicos 17(35):65-102.
- BIAGIOLI, M. 2006. *Documents of Documents: Scientists' Names and Scientific Claims*. In *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*. The University of Michigan Press.
- FARIAS, A. V. 2011. *A guerra das mães: dor e política em situações de violência institucional*. Pagu [online] 37: 79-116.
- FERREIRA, L. 2011. *Uma etnografia para muitas ausências: o desaparecimento de pessoas como ocorrência policial e problema social*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia

Social do Museu Nacional/UFRJ.

KANT DE LIMA, R. 2009. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico* (2):25-51

LATOUR, B. 2009. *The Making of Law An Ethnography of the Conseil d'Etat*. Polity Press

LEWANDOWSKI, A. 2014. *O direito em última instância: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal. Tese de doutorado*. Programa de Pós Graduação em Antropologia Social/UNB.

LEWANDOWSKI, A & ONTO, Gustavo. 2013. *A pessoa jurídica e seus artefatos: reflexões a partir das práticas de documentação dos Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE-MJ)*. ENADIR.

MENDES, R. L. 2010. *Do princípio do livre convencimento motivado: Legislação, Doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

MURPHY, T. 2004. *Legal fabrications and the case of "Cultural Property*. In. Mundy, Law Anthropology and the Constitution of the Social. Cambridge: Cambridge University Press.

NODARI, A. 2013. *Juridiquês*. Santa Catarina:Sopro.

OLIVEIRA, L. R. 2010b. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. *Revista de Antropologia*, 53(2): 452-474.

ONTO, G. 2016. *Ficções econômicas e realidades jurídicas: uma etnografia da política de defesa da concorrência no Brasil*. Tese de Doutorado/ Museu Nacional.

POTTAGE, A. 2014. Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law. *Theory, Culture & Society* 31 (2-3): 147-166.

POTTAGE, A., & MUNDY, M. (org.). 2004. *Law, anthropology, and the constitution of the social: making persons and things*. Cambridge: Cambridge University Press.

RILES, A. 2005. *A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities*. Buffalo Law Review 53(3):973-1033

_____. 2010. *Is the Law Hopeful?* In Economy of Hope. Philadelphia: University of Pennsylvania Press

SAER, J. J. 2012. O conceito de ficção . *Revista FronteiraZ* 8: 1-6.

SAMUEL, G. 2004. *Epistemology and Comparative Law: contributions from the sciences and social sciences. Em Epistemology and methodology of comparative law.. Oxford : Hart Pub.*

SCHRITZMEYER, A. L. 2007. Tribunal do Júri: dramatizações da vida através de complexos jogos narrativos. In *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

- SCHUCH, P. 2005. *Práticas de Justiça: Uma Etnografia do Campo de Atenção ao Adolescente Infrator*. Tese de doutorado Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul.
- STRATHERN, M. 1987. Out of context: the persuasive fictions of anthropology. *Current Anthropology* 28: 251-281.
- VAIHINGER, H. 2001. *The Philosophy of "As If": a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*. T C.K. Ogden.
- VIVEIROS DE CASTRO, E. 2002. O nativo relativo. *Maná* 8 (1) :113-148.
- WAGNER, R. 1981. *The Invention of Culture*. Chicago: The University of Chicago Press.
- _____ 1986. *Symbols that Stand for Themselves*. University of Chicago Press.
- YNGVESSON, B., & COUTIN, S. 2008. Technologies of knowledge production: law, ethnography, and the limits of explanation. *Polar*, 31: 177-190.

O MEDO DO PRECEDENTE. AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Resumo: O objeto do artigo é discutir as formas técnicas e os operadores lógicos da produção jurídica no Supremo Tribunal Federal, ou as formas como se produzem decisões através do que se chama de técnica. A partir das noções, que circulam no tribunal, do que seja técnica e de como ela opera na formação de paradigmas de decisão, a reflexão articula os usos e as produção dos procedentes e as estratégias de interpretação/tradução constitucional articulando as analogias jurídicas e uma ideia de verdade processual.

Palavras-chave: antropologia do direito, processos decisórios, teorias da ficção

THE THREAD OF PRECEDENT. THE TECHNIQUES OF DECISION IN THE FEDERAL SUPREME COURT

Abstract: The purpose of the paper is to discuss the technical forms and logical operators of legal production in the Brazilian Supreme Court, meaning, how a decision is made in the BSC. Although the process from the notions that circulate in court, of what is technic and how it operates in the formation of decision paradigms, the reflection articulates the uses and the production of the originating ones and the strategies of interpretation/translation constitutional articulating the law analogies to an idea of procedural truth.

Keywords: Anthropology of law, decision process, fiction theory

RECEBIDO: 01/02/2017

APROVADO: 30/09/2017

