

Pedaladas do TCU ou prospective overruling? (parte 2)

Dando prosseguimento à discussão acerca das técnicas de superação do precedente (judicial ou não-judicial), a partir do [artigo anteriormente publicado](#), adotamos nesta sequência a perspectiva da tríplice dimensão da confiança (pessoal, social e sistêmica) como fundamento de um sistema de precedentes, retomando a narrativa de um conto arábico inominado (escrito por J. E. Hanauer), e trabalhado nesta linha por Leonel Severo da Rocha e Ricardo de Macedo Menna Barreto. [\[1\]](#)

E isto porque o Direito em geral, e o sistema de precedentes em particular, não podem “ser” e “não-ser” ao mesmo tempo, como se estivessem repartidos ao meio, tal qual o visconde Medardo di Terralba, concebido genialmente por Italo Calvino. O cidadão jurisdicionado não deve ter a necessidade de rezar para “cair” com uma ou outra de suas metades, e suas respectivas idiossincrasias, [\[2\]](#) ou submeter-se aos riscos do acaso contido num lance de dados, como sugerido por Stéphane Mallarmé. [\[3\]](#)

Propomos nessa etapa um percurso pelo instrumental literário para reflexão jurídica. [\[4\]](#) Recorde-se que Tamara Piety, professora de “*Civil Procedure*” da Tusla College of Law nos Estados Unidos, [\[5\]](#) exige que seus alunos do primeiro ano do curso de Direito [\[6\]](#) leiam o capítulo 89, “*Fast-Fish and Loose-Fish*” (Peixes Presos e Peixes Livres), do clássico *Moby Dick*, de Herman Melville, que contém possivelmente uma das mais expressivas reflexões jurídicas, porque abriga, segundo afirma a própria obra: “o fundamento de toda jurisprudência humana” (porque destaca e ressalta a importância do elemento hermenêutico), em que se descreve episódio fático no qual menciona um sistema legal com apenas dois artigos: 1º) um peixe preso pertence à parte à qual está preso; 2º) um peixe livre pertence a quem o capturar primeiro. [\[7\]](#)

Voltando aos lances de dados, um órgão decisório (judicial ou administrativo) não deve possuir divisão binária tão rigorosamente demarcada que se permita falar de uma realidade na qual as “cegonhas brancas” que antes eram sinal de “sorte” e, desde que a “carestia tornou os campos áridos”, e os rios se tornaram secos pela estiagem, passem a substituir “os corvos e os abutres”, tal como o escudeiro Curzio falara ao Visconde, mas como este parecia não acreditar, perguntara onde foram parar as aves de rapina, obtendo uma sombria resposta: “à força de comer as vítimas da peste, a peste os atacou também”. [\[8\]](#)

Ou ainda, o órgão decisório não pode ser também como o monstro de “Ouvir-Dizer”, conforme pintado na narrativa de Rabelais, que tinha a “boca aberta até as orelhas, e dentro da boca sete línguas e cada língua fendida em sete partes, e com todas elas falava ao mesmo tempo, apresentando diversos assuntos e em idiomas diversos; tinha também na cabeça e no resto do corpo tantos ouvidos quantos olhos tinha Argos; no resto, era cego e paralítico de ambas as pernas”. [\[9\]](#)

Confiança para os precedentes (e sua superação)

Retomemos a perspectiva que tem na “confiança” um “mecanismo privilegiado para a produção de sentido no Direito”, como “um importante pressuposto simbólico para construção social”.^[10] Em antigo conto arábico, acima já referido, oriundo de tradição oral na qual é externada a importância da “tridimensionalidade da confiança”: a confiança pessoal, a confiança social e a confiança sistêmica, que aqui são invocadas como necessárias a um sistema de precedentes e de sua superação, sob pena de o sistema jurídico derruir.

Narra-se que há muito tempo atrás um rebanho de camelos transitava por um pomar, em que o seu proprietário encontrava-se descansando em cima de uma cerca de pedra, quando um dos animais rompe com os dentes um dos ramos de árvore. O proprietário do pomar, furioso, atira uma pedra na direção do camelo, “sendo tão preciso em sua pontaria”, que acaba matando o animal. Em reação, o proprietário do camelo pega a mesma pedra e a lança contra o proprietário do pomar, “matando-o imediatamente”.

Horrorizado pelo resultado de seu ato, o dono dos camelos acaba fugindo, sendo posteriormente alcançado pelos filhos do falecido: “Voltando à cena da tragédia, próxima ao acampamento do *Califa Omar ibn el Khattab*, os filhos do morto, não querendo ouvir falar em indenização, exigem que o dono dos camelos – que alegava ter agido sob provocação – fosse decapitado”.

Adveio então o julgamento. Como era costume à época, a execução do criminoso deveria ocorrer logo após a condenação à pena capital, na qual o procedimento consistia em se estender uma pele (*nut’a*) no chão, e o acusado, que seria decapitado, deveria se ajoelhar com as mãos para trás; o carrasco, de espada em punho, perguntava em voz alta: “Ó Comandante dos crentes, está realmente decidido que fulano deixe este mundo?” E, se o califa viesse a responder que sim, a pergunta se repetia até a terceira confirmação, com a subsequente decapitação do condenado.

Sendo condenado, e na iminência de ser decapitado, o dono dos camelos suplicou para que o califa lhe concedesse três dias de folga para ir à sua tenda, bastante distante dali, com vistas a organizar questões familiares, tendo jurado retornar em três dias. O califa teria consentido, desde que o condenado encontrasse um infeliz para tomar o seu lugar e ser executado, em caso de a promessa não ser cumprida, na hipótese de o dono dos camelos não regressar no prazo estabelecido: “Diante de uma multidão de desconhecidos, o pobre homem viu a *nut’a* sendo trazida pelo executor, que já se preparava para amarrar-lhe as mãos, quando o imputado, então, gritou desesperadamente: ‘será que a raça dos homens virtuosos não mais existe?’”.

Houve um silêncio cortante, e com a repetição da pergunta, surge então a figura de Abu Dhur, dando um passo adiante, e pedindo ao califa autorização para ser o substituto eventual do condenado, sendo aceito com a advertência de que pagaria com a própria vida, caso o condenado não regressasse no prazo determinado. Aceita a substituição, o dono dos camelos é solto e some “em desabalada correria em poucos instantes”; e três dias após o episódio o homem ainda não havia regressado.

Acreditando que ele não voltaria, o califa determinou que Abu Dhur fosse executado em seu lugar, iniciando-se o procedimento executório, entre choros e lamentos dos parentes. A solenidade das perguntas é iniciada, e antes da terceira e última indagação, exsurge um grito da multidão: “Parem, em nome de Alá: vejam quem vem correndo!”, e a execução é então interrompida com um sinal do califa, e

para surpresa geral, o homem condenado aproxima-se em alta velocidade, praticamente sem fôlego, sendo interpelado pelo califa: “Tolo, por que retornou? Caso tivesse fugido, o seu substituto teria morrido no seu lugar, e você estaria livre”.

Então o condenado respondeu que retornou não apenas para provar que a raça dos homens virtuosos não teria desaparecido, mas para provar que a raça dos homens confiáveis também ainda existiria. O califa pediu para que ele se explicasse melhor, momento em que o condenado relata que tempos atrás a ele teria sido confiada à guarda de objetos de valor de uma pobre viúva, e que ele teria então escondido as joias em um local secreto, que ficaria para sempre oculto em prejuízo da viúva se ele morresse sem devolver os pertences. Afirmou ainda que suas pendências estavam resolvidas, com a devolução das joias pertencentes à viúva, e que estaria “pronto para morrer com o coração leve”.

O califa permaneceu calado após ouvir que tanto o condenado, quanto o substituto, fizeram suas escolhas para provar, respectivamente, que a raça dos homens confiáveis e a raça dos homens virtuosos não desaparecera, o que o fez perdoar e libertar o condenado. Ao ser questionado sobre sua atitude, o califa também responde: “porque, como ficou provado que a raça dos virtuosos e dos homens de confiança não desapareceram, só nos resta demonstrar que a raça dos homens clementes e generosos ainda está viva. Por isso, não só perdoo este homem, como pagarei o resgate da sua vida com meus próprios recursos”. [\[\[11\]\]](#)

Nesta breve narrativa (morte do camelo e dano, julgamento, a promessa, a virtude, a confiança e o perdão) estão presentes também as três dimensões da confiança (pessoal, social e sistêmica), primeiro num nível “interno e reflexivo”, de caráter pessoal (confiança na aceitação da própria confiança), e que só após ser exteriorizada atinge um outro indivíduo, e, portanto, a socialidade (que já é a segunda dimensão da confiança).

A seu turno, a confiança sistêmica relaciona-se com os meios de comunicação simbolicamente generalizados, “própria de sociedades complexas e diferenciadas”, e na narrativa mencionada, “a virtude, a promessa, a confiança e o perdão” seriam as metáforas permissivas do desbloqueio do sentido dos meios de comunicação. [\[\[12\]\]](#)

Percebe-se, assim, que uma relação de confiança sistêmica não se funda exclusivamente nos indivíduos, mas também na “*confiança que estes depositam em tais mecanismos e, conseqüentemente, em um sistema*”, ainda que a confiança seja “inconsciente”, com a criação de uma “certeza equivalente, embora não signifique que quem confia possa ‘corrigir’ tais mecanismos”, mas precisa manter a confiança ‘como se estivesse coagido’, e como a análise baseia-se em Niklas Luhmann, observa-se que “a confiança é o meio que atua como portador da redução de complexidade intersubjetiva”. [\[\[13\]\]](#)

Uma das consequências da diferenciação entre legislação e jurisdição, exposta por Niklas Luhmann em “A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”, no que se refere ao *common law*, foi o de conservar a tradição existente, com o reconhecimento de decisões de casos precedentes como “obrigatórias, ao invés de remeter apenas ao princípio da antiguidade imemorial e do costume na evolução que chega a termo somente na segunda metade do séc. XIX”. [\[\[14\]\]](#)

Trata-se de preservação da confiança nos comportamentos das partes e dos tribunais, pois evoca previsibilidade e estabilidade, não mais do que a Lei, é verdade, mas também daí decorre a importância

do elemento hermenêutico que busque superar posições pessoais em detrimento de uma regra ou princípio já estabelecido, na concepção da responsabilidade política dos julgadores.

Lenio Streck vem insistindo há algum tempo, invocando os Dois Corpos do Rei: que “Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser juiz. São os dois corpos do rei, como diria Kantorowicz. Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito”, ou ainda “a moral não pode ser corretiva. Moral não corrige o Direito. Isto também quer dizer que uma decisão jurídica não é uma “questão de moral ou de filosofia moral”. [\[15\]](#)

A seguinte passagem de Ernest H. Kantorowicz é luminosa, evidentemente atualizando e distinguindo as várias passagens e transformações do conceito: “Aqui, como em outras passagens, descobre-se que no conceito organológico de ‘corpo político e místico’, continuavam vivas as forças constitucionais que limitavam o absolutismo real. Isso se tornou manifesto quando, em 1489, o Parlamento de Paris, a suprema corte da justiça francesa, protestou contra as pretensões do Conselho do Rei no governo de Carlos VIII.

O Parlamento, um corpo encabeçado pelo Rei e composto dos Doze Pares, o chanceler, os quatro presidentes do Parlamento, alguns funcionários e conselheiros e de uma centena de outros membros (supostamente segundo o modelo do Senado Romano), opôs-se à interferência e proclamou-se ‘*un corps mystique meslé de gens ecclésiastiques et laïcs [...] représentants la personne du roy*’, porque essa Corte Suprema do reino era ‘a Justiça soberana do Reino de França, e o verdadeiro trono, autoridade, magnificência e majestade do próprio Rei’. Naturalmente, a ideia era de que o rei e seu conselho não podiam agir contra o Parlamento, porque esse ‘corpo místico’ representava ou era até idêntico à pessoa do rei”. [\[16\]](#)

Vivemos em um regime de responsabilidades exigíveis e atributivas, não de homens, mas de instituições; não de juízes do povo, mas de juízes constitucionais, na linha de que “não parece adequado confundir ‘legitimidade democrática’ com a ‘legitimidade constitucional’ da magistratura”[\[17\]](#) sob a exigibilidade da tridimensionalidade da “confiança” nos homens, na sociedade e no sistema, razão de existirem normas, tribunais e interação sistêmica entre eles, com garantias para assegurar a imparcialidade de quem julga (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade). Retirar o selo da estabilidade, da coerência e da integridade das decisões, sem a *alternativa prospectiva*, é tão nefasto quanto (e equivale a) retirar, de uma hora para outra, as próprias garantias da magistratura sem maiores explicações.

Dessa forma, a confiança no direito, nos tribunais e no sistema jurídico depende da não-surpresa, em quaisquer casos, e casos iguais devem ser tratados de maneira igualitária (*Treat Like Cases Alike*) [\[18\]](#); sua diferenciação ou mudança de orientação, embora permitidas, somente se faz através do “*Prospective Overruling*”, sob pena de afronta ao Estado de Direito (*Rule of Law*). Na continuação desta série de artigos, retomaremos a ideia do “*Prospective Overruling*” em perspectiva contrastada, juntamente com o “*Narrowing Precedent*”, a “*Path Dependence*” do positivismo jurídico a partir de Frederick Schauer e as concessões de Arthur Goodhart ao “positivismo lógico” e ao “realismo jurídico” na técnica de identificação da “*ratio decidendi*”.



[1] ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito. **Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul**, Ano 4, n. 4, 2010, p. 17-39.

[2] CALVINO, Italo. **O Visconde Partido ao Meio**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

[3] MALLARMÉ, Stéphane. **Poème: Un Coup de dés jamais n'abolira le hasard**. Disponível em: <<https://math.dartmouth.edu/~doyle/docs/coup/scan/coup.pdf>>, acesso em 20.08.2015.

[4] Importantes iniciativas reflexivas sobre as diversas relações entre Direito e Literatura podem ser citadas, como por exemplo, o seminal programa “Direito & Literatura”, capitaneado pelos professores Lenio L. Streck e André Karam Trindade, e os seguintes livros, em ordem cronológica: KELLY, Octavio. **Esthetica do Direito: Ensaio**. Rio de Janeiro: Papelaria Globo, 1927; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **O Processo Penal de Capitu**. Salvador: Imprensa Regina, 1958; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Machado de Assis e o Problema Penal**. Salvador: UFBA, 1959; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura. Anatomia de um desencanto: Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato**. Curitiba: Juruá, 2006; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; PRADO, Daniel Nicory do. **Aloysio de Carvalho Filho: Pioneiro nos estudos sobre “Direito e Literatura” no Brasil?** In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o COMPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 996-1012; TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: Discurso, Imaginário e Normatividade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito, Literatura e Cinema: Inventário de Possibilidades**. São Paulo: Quartier Latin, 2011; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. O Direito e suas ficções. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.) **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

[5] PIETY, Tamara R. Something Fishi: or why I make my students read Fast-Fish and Loose-Fish. **Vermont Law Review**, Vol. 29, Vt. L. Rev. 33, 2004.

[6] Tamara Piety confessa a útil descoberta de Hermann Melville, e sua adoção junto aos alunos, quando de um curso acerca da Democracia Americana em Harvard, cujos professores teriam sido Cornell West e Roberto Mangabeira Unger.

[7] MELVILLE, Herman. **Moby Dick ou a Baleia/Moby Dick or the Whale**. Edição bilíngue (português/inglês). Tradução e notas de Vera Silvia Camargo. São Paulo: Landmark, 2012, p. 219.



[8] *Idem*, p. 12.

[9] RABELAIS, François. **Gargantua e Pantagruel**. Grandes Obras da Cultura Universal, vol. 14, tradução de David Jardim Júnior. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003, p. 893-834.

[10] ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito. **Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul**, Ano 4, n. 4, 2010, p. 17-39.

[11] Narrativa, toda ela, baseada na exposição de Leonel Severo da Rocha e de Ricardo Barreto. In: ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Confiança, Virtude e Perdão como fontes do Direito. **Revista Estudos Legislativos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul**, Ano 4, n. 4, 2010, p. 19-23.

[12] *Idem*, p. 19-23.

[13] *Idem*, p. 31.

[14] LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann e Vera Jacob. **Revista da AJURIS**, n. 49, jul., 1990.

[15] STRECK, Lenio. Senso Incomum: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Conjur** de 15.11.2012; STRECK, Lenio. Senso Incomum: Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito? **Conjur** de 28.08.2014; STRECK, Lenio. Senso Incomum: O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância? **Conjur** de 22.05.2014; STRECK, Lenio. [Entrevista]. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 81, n. 4, ano 29, out./dez, 2011, p. 15.

[16] KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei: Um Estudo Sobre Teologia Política Medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 140.

[17] RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito Comparado: Magistrado não pode atuar como um “juiz do povo”**. **Conjur**, 9.01.2013.

[18] ZANETI JR, Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o Novo Código de Processo Civil; Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**



, vol. 235, set. 2014.

Meta Fields