

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

**INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO CRITÉRIOS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ELSON PEREIRA DE OLIVEIRA BASTOS

Curitiba

2018

ELSON PEREIRA DE OLIVEIRA BASTOS

**INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO CRITÉRIOS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa

Curitiba

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Giovanna Carolina Massaneiro dos Santos – CRB 9/1911

Bastos, Elson Pereira de Oliveira

B327i Integridade e coerência como critérios para a legitimação dos precedentes
2018 obrigatórios do Supremo Tribunal Federal / Elson Pereira de Oliveira Bastos;
orientador: Claudia Maria Barbosa. – 2018.

143 f.: il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2018

Bibliografia: f. 133-143

1. Direito. 2. Precedentes judiciais. 3. Legitimidade (Direito).
4. Integridade. 5. Democracia deliberativa. 6. Brasil. Supremo Tribunal Federal.
I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 20. ed. – 340

ELSON PEREIRA DE OLIVEIRA BASTOS

**INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO CRITÉRIOS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dra Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professora Dra. Danielle Anne Pamplona
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. William Soares Pugliese
Universidade Federal do Paraná

Curitiba-PR, 29 outubro de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação à minha esposa Fabrine pelo amor, pelo incentivo e pela compreensão que tornaram possíveis iniciar e concluir este desafio acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus pelo dom da vida e da esperança.

Agradeço à minha família pelo amor, a união e a dedicação mútua. Fabrine, Mahaiana e Mábili, obrigado por vocês existirem!

Agradeço ao meu pai José e à minha mãe Elizete, referências de vida, dedicação e carinho.

Agradeço aos meus irmãos Edvan e Éder, amigos para todas as horas. Também ao meu amigo Noel, irmão por escolha, por tudo o que fez por mim e pelas saborosas lembranças dos tempos de escritório.

Agradeço ao Professor Fábio Hecktheuer pela oportunidade me concedida e confiança depositada, sem as quais este trabalho não teria sido realizado.

Agradeço à Professora Claudia Maria Barbosa pelos ensinamentos.

Agradeço ao amigo Bernardo pelas valiosas dicas, pela revisão deste trabalho e pelo constante incentivo.

Agradeço aos professores e amigos do mestrado pelo tempo e aprendizado compartilhado.

Agradeço ao amigo Jaime pela atenção e ajuda com a pesquisa.

EPIGRAFE

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(Albert EINSTEIN)

RESUMO

A dissertação tem como objetivo analisar a legitimidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. A partir da filosofia do direito e da filosofia política, são identificados os fundamentos teóricos que embasam a exigência por legitimidade no contexto de democracia deliberativa que marca a sociedade atual. A análise desdobra-se em duas perspectivas, a de uma proposta teórica para a operacionalidade, pelas instâncias inferiores, dos precedentes obrigatórios emanados do Supremo Tribunal Federal, e do procedimento decisório desenvolvido pela Corte na formação desses precedentes. Em ambos os casos o fio condutor da pesquisa é a busca por integridade e coerência, reconhecidas como condições para se atingir o ideal de legitimidade esperado. O Capítulo 1 traça as principais características do sistema de precedentes, enfocando as propostas teóricas para o seu desenvolvimento. No Capítulo 2 é descrito o procedimento de formação dos precedentes obrigatórios do Supremo Tribunal Federal e caracterizado o modelo de atuação da Corte, além do estudo de uma decisão específica. O Capítulo 3 trata das características da democracia deliberativa e explicita no que consiste o processo de legitimação por meio da integridade e coerência, contendo ainda uma crítica a atual prática decisório/deliberativa do Supremo Tribunal Federal. Ao final conclui-se que o procedimento deliberativo atual do Tribunal apresenta dificuldades para a formação de precedentes obrigatórios íntegros e coerentes e de que seriam necessários constrangimentos institucionais para dotá-lo de maior desempenho deliberativo.

Palavras-chave: Precedentes Obrigatórios. Legitimidade. Integridade e Coerência.

ABSTRACT

The dissertation aims to analyze the legitimacy of the Brazilian precedent system, established by the Civil Procedure Code of 2015, according to the Democratic State of Law. From the philosophy of law and political philosophy, the theoretical foundations underlying the demand for legitimacy in the context of deliberative democracy that marks the current society are identified. The analysis is based on two perspectives: a theoretical proposal for the operability of the mandatory precedents of the Federal Supreme Court by the lower courts, and the decision-making process developed by the Court in the formation of these precedents, in both cases under the guiding principle of search for integrity and coherence, which are the recognized conditions to fulfill the requirement of legitimation. Chapter 1 outlines the main features of the precedent system, focusing on the theoretical proposals for its development. In Chapter 2, the procedure for the formation of mandatory precedents of the Federal Supreme Court is described and the Court's model of action is described, in addition to the detailing of a specific precedent. Chapter 3 deals with the characteristics of deliberative and explicit democracy in what constitutes the process of legitimation through integrity and coherence, still containing a criticism of the current decision-making / deliberative practice of the Federal Supreme Court. It concludes that the decision-making procedure carried out by the Court presents difficulties for the formation of binding and coherent precedents and that institutional constraints would be necessary to give it greater deliberative performance.

Keywords: Binding Precedent. Legitimacy. Integrity and Coherence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: UM MODELO EM CONSTRUÇÃO	17
1.1 A REFORMA PARADIGMÁTICA INSTAURADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	17
1.2 O QUE SÃO OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS – DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTES, SÚMULAS E TESES	19
1.3 POR QUE OS PRECEDENTES IMPORTAM?.....	23
1.4 DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES ENTRE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	28
1.5 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL.....	33
1.6 A CONFORMAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES NO BRASIL	36
1.6.1 A proposta das Cortes Supremas e o precedente como a última palavra sobre o direito	37
1.6.2 A proposta da crítica hermenêutica do direito	41
1.6.2.1 Superação da discricionariedade/decisionismo.....	41
1.6.2.2 Superação do método: a diferenciação entre texto e norma.....	43
1.6.2.3 Interpretação como aplicação.....	45
1.6.2.4 A integridade e a coerência na aplicação dos precedentes.....	46
1.7 OS PRECEDENTES E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	50
2 PROCEDIMENTO DE DECISÃO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	54
2.1 OS PRECEDENTES ORIUNDOS DAS DECISÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	55
2.2 OS PRECEDENTES ORIUNDOS DOS ACÓRDÃOS DE JULGAMENTOS DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS	58
2.3 PRECEDENTE E TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.....	59
2.4 PRECEDENTE E MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES NAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	62
2.5 CONTROLE SOCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DESENHO INSTITUCIONAL	64
2.6 MODELOS DE DELIBERAÇÃO COLEGIADA: AGREGATIVO, DELIBERATIVO, EXTERNO, INTERNO, EM SÉRIE E <i>PER CURIAM</i>	66

2.7 O MODELO DE DELIBERAÇÃO COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	68
2.8 UM EXEMPLO DA ATUAÇÃO CONCRETA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	70
2.8.1 Contextualização da controvérsia	72
2.8.2 Argumentação desenvolvida no julgamento que resultou na aprovação da tese de repercussão geral tema n. 925	73
2.8.3 Argumentação desenvolvida no julgamento do HC 126.292	77
2.8.4 Reflexões sobre a interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à sua própria tese de repercussão geral.....	84
3 COERÊNCIA E INTEGRIDADE COMO CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	95
3.1 DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE E PROCEDIMENTO.....	95
3.2 RACIONALIDADE, ARGUMENTAÇÃO E COERÊNCIA.....	104
3.3 INTEGRIDADE E COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS: LEVANDO A CONSTITUIÇÃO A SÉRIO.....	113
3.4 OS POSSÍVEIS CONSTRANGIMENTOS INSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES	117
3.5 DIFICULDADES APRESENTADAS NO PROCEDIMENTO DELIBERATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A REALIZAÇÃO DA INTEGRIDADE E COERÊNCIA.....	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

Em boa parte dos Estados constitucionais contemporâneos, o Poder Judiciário teve ampliado o seu espectro de importância e aumentado o seu espaço de atuação. O surgimento, no século XX, de Constituições democráticas, com um amplo catálogo de direitos fundamentais, e o desenvolvimento de uma teoria constitucional preocupada com a força normativa da Constituição trouxe para os tribunais uma vasta gama de debates sobre direitos e valores essenciais para a sociedade e também influenciou um novo modo de interpretar e de aplicar o Direito. No Brasil essas transformações deram origem ao fenômeno da constitucionalização dos direitos¹, responsável por espalhar por todo o ordenamento jurídico a necessária harmonização com as regras e princípios constitucionais, o que acarretou um aumento da atividade do Poder Judiciário, que passou a decidir sobre assuntos os mais diversos da política do Estado e da vida dos cidadãos². Essas mudanças repercutiram na forma de relacionamento do Poder Judiciário com os demais Poderes do Estado, mas também no plano da própria compreensão e operacionalização do Direito³.

Esse novo perfil que passou a ser desempenhado pelo Poder Judiciário lhe conferiu um protagonismo na conformação do ordenamento jurídico, que passou a ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais, dotados de conteúdos morais e abertos, os quais não são possíveis de serem definidos *a priori*. Assim, a interpretação jurídica das normas constitucionais pelos tribunais em geral e pelo Supremo Tribunal Federal, em particular, assume uma posição de centralidade na compreensão e realização do próprio Direito. Nesse cenário, o direito escrito, legislado, típico da tradição *civil law*, embora não perca a sua importância, vai cada vez mais sendo moldado e definido pela interpretação que lhe é dada pelo Poder Judiciário, que passou a ser permeada por elementos extrajurídicos, tendo em vista

¹ “A irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito [...] tem amplas consequências na natureza do sistema jurídico. Três dessas consequências têm natureza especial. A primeira é a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário. Embora a constituição, enquanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários. Isso vale para todos os procedimentos de criação do direito existentes no sistema jurídico, isto é, também para a competência privada para estabelecer obrigações jurídicas por meio de contratos, necessária do ponto de vista dos direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico *substancialmente determinado* por meio da Constituição. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543.

² Nesse sentido, confira-se: VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law***. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Curitiba, 2011, 264 f.

o conteúdo moral que é imanente às normas constitucionais. Com isso, os métodos de interpretação tributários do positivismo jurídico vão se revelar insuficientes para dar conta dessa nova realidade profundamente mais complexa, emergindo com isso, sob o pálio dos desenvolvimentos havidos na filosofia⁴, novas teorias⁵ que vão alterar profundamente a compreensão acerca da interpretação jurídica, na qual se reconhece uma atividade criativa dos juízes na significação e densificação dos textos legislativos, mormente da Constituição, cuja linguagem é marcadamente aberta e vaga.

Nesse viés, a prática judicial é profundamente alterada, pois as decisões, especialmente as dos tribunais mais elevados, passam a ser diretrizes não apenas para a solução de casos semelhantes, mas para a compreensão e o desenvolvimento do próprio Direito. O raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, há muito esgotados, passam a ser substituídos por modernas e sofisticadas teorias da argumentação jurídica (Viehweg, Perelman, Dworkin, Aarnio, Alexy, entre outros)⁶. Esse aumento da importância das decisões judiciais no contexto da própria história institucional do direito leva inevitavelmente a uma aproximação da tradição *civil law* com a tradição *common law* e, portanto, a uma necessária assimilação na tradição jurídica brasileira⁷, não sem a devida contextualização, da prática judicial interpretativa dos tribunais do *common law*⁸.

Cabe ressaltar que esse elemento de assimilação não é simples e, por isso, não é atendido sem um amplo debate e discussão acerca das peculiaridades próprias a cada uma das tradições jurídicas e para que sejam respeitados os fundamentos constitucionais do sistema jurídico doméstico. Essa equação se torna ainda mais complicada quando se acrescenta o ingrediente da história das instituições jurídicas pátrias e o seu modo tradicional de operar com decisões judiciais servindo de parâmetro decisório para a solução de outros casos, fortemente arraigado na ideia de jurisprudência e não de precedentes, e o que é mais grave,

⁴ Nesse sentido, referindo-se a Heidegger, Gadamer, Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, confira-se: CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57-130.

⁵ Confira-se: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

⁶ Autores que pensam uma metodologia jurídica contemporânea de racionalidade argumentativa pós-positivista. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximações à metodologia discursiva do direito**. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 23.

⁷ Um estudo comparativo do sistema jurídico brasileiro com o modelo misto canadense, onde convivem ambas as tradições (*common law* e *civil law*), foi realizado por Claudia Maria Barbosa. BARBOSA, Claudia Maria. **Os Novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

⁸ “(...) o Judiciário brasileiro assume, assim, o papel do *judge-made-law*, tradicional nos sistemas de *common law*...”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law***. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Curitiba, 2011, 264 f.

muitas vezes se utilizando de argumento de autoridade baseado em reprodução de ementas que não retratam a inteireza do entendimento jurisprudencial invocado como fundamento, o que leva a uma reprodução, por meio da subsunção, de sentidos estratificados em textos de ementários. Aliado a isso, ainda se verifica uma baixa cultura de fidelidade das instâncias inferiores à jurisprudência das instâncias superiores e dos tribunais à sua própria jurisprudência.

Esse estado da arte denunciado pela doutrina⁹, fomentador de insegurança jurídica, mas também violador do princípio da igualdade (*treat like cases alike*), tornou-se motivo de preocupação do Poder Legislativo brasileiro. Antes do Código de Processo Civil de 2015, foram feitas algumas alterações legislativas (e constitucionais) pontuais, de impacto quantitativo (resolução de demandas em massa e repetitivas), como a previsão de Súmulas Vinculantes e a criação do instituto da repercussão geral como requisito para o processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. O Código de Processo Civil de 2015 introduziu alterações muito mais profundas, com pretensões transformadoras do próprio sistema jurídico, mas cuja amplitude de seus efeitos vai depender do modo de sua recepção pelos tribunais brasileiros, especialmente os superiores, sendo o maior exemplo o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 externou cuidado tanto com a segurança jurídica, quando ordena aos tribunais que se atentem para a estabilidade da jurisprudência, quanto com a realização da dimensão judicial da igualdade, isto é, de uma prestação jurisdicional comprometida com a efetiva realização dos direitos dos cidadãos¹⁰. A jurisprudência é indutora de segurança jurídica quando se aproxima dos ideais da previsibilidade, da certeza, da calculabilidade, ou seja, de maior estabilidade das relações jurídicas construídas segundo um determinado cenário jurisprudencial¹¹. Mas a segurança jurídica e a pretensão de estabilidade é apenas um dos elementos que estruturam o Estado de Direito contemporâneo. A dimensão da democracia que conforma o Estado Democrático de Direito caracteriza-se fundamentalmente pela pretensão de respeito à igualdade numa

⁹ “A dificuldade em priorizar o fim institucional faz com que as vontades individuais preponderem, como se para o alcance do fim da instituição bastasse o exercício das funções de cada um, ou seja, como se não importasse a ordenação das várias vontades e funções para o atingimento dos escopos institucionais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativas do novo CPC**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

¹⁰ “O direito é geral, contém padrões gerais de conduta, enquanto a justiça exige uma resposta singular, particular ao caso em análise”. KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 90.

¹¹ Enfatizando a importância da reforma processual para a segurança jurídica, confira-se: BARBOSA, Cláudia Maria. Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro**. Ano 12. Volume 19. Número 1. Janeiro a Abril de 2018, pp. 62-82.

sociedade sabidamente plural e com múltiplos e diferentes ideais de vida boa. Essa dimensão da igualdade, no plano judicial, identifica-se com uma postura de tratamento dos membros da comunidade pelo Estado que Ronald Dworkin chama de igual respeito e consideração¹², e que se traduz, no plano jurídico, na ideia do direito como integridade¹³. Nessa ótica, há uma preocupação com o próprio conteúdo do direito que se constrói e que se realiza, ou seja, esse direito, para ser substantivamente democrático, não pode ser qualquer direito, mas um direito legítimo, fiado na ideia de integridade e coerência.

Assim, concebe-se que a integridade e a coerência são condicionantes da legitimidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015¹⁴. Para alcançá-las, porém, é necessário um rompimento com o passado da prática jurídica dominante nos tribunais brasileiros, marcada pela casuística, pela invocação de argumentos de autoridade e orientada precipuamente com a formação de uma jurisprudência que visa a dar resposta a critérios quantitativos, ou seja, à litigiosidade de massa que retrata o cotidiano dos tribunais no Brasil. Nesse sentido, a jurisprudência é instrumentalizada para cumprir uma finalidade diversa daquela que deve efetivamente pautar um sistema de precedentes, expressa pela ideia do direito como integridade. Busca-se a solução de demandas para reduzir estoques de ações em tramitação, não a construção de uma cadeia de decisões que se sustentem reciprocamente e que levem à melhor interpretação dos princípios constitucionais, escrevendo a história institucional do direito interpretado pelos tribunais.

Um sistema de precedentes orientado pela busca de legitimidade das decisões judiciais não se constrói sem suporte teórico adequado à complexidade de um sistema jurídico que deve assegurar a todos um tratamento com igual respeito e consideração. Ao revés, o seu desenvolvimento depende de aportes teóricos compatíveis com o atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira¹⁵, portanto, de teorias jurídicas comprometidas com a concretização dos direitos. Em outras palavras, de teorias capazes de fornecer um modelo de

¹² Katya Kozicki, ao trabalhar a tese da responsabilidade judicial, refere-se à importância da denominada tese da equivalência dos direitos, que propugna pelo aumento da área de inclusão de modo a permitir que mais indivíduos e grupos exercitem formas de convivência democráticas, o que no plano jurídico conduz a uma exigência de compromisso dos tribunais com a justiça e a democracia. KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 87.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹⁵ “A Constituição de 88, tida como cidadã, foi o leito sobre o qual se debruçou uma nova teoria constitucional que nestes primeiros anos do Século XXI vem aproximando os campos da epistemologia e hermenêutica jurídicas, filosofia do direito, teoria das normas, teoria constitucional e, em certa medida, a sociologia jurídica e a ciência política”. BARBOSA, Cláudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARBOSA, Cláudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Limites e possibilidades da legitimação e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil** [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p. 59-81.

racionalidade para a interpretação jurídica dotado de instrumental capaz de atender a demanda por legitimidade que exige o sistema de precedentes. A pesquisa, nesse sentido, analisa dois modelos doutrinários propostos para a estruturação do sistema de precedentes, o das Cortes Supremas e a da Crítica Hermenêutica do Direito.

Além da dimensão teórica da interpretação, também o aspecto institucional deve abrir-se a mudanças e adaptações para uma nova prática judicial. Os tribunais, e nos limites desta pesquisa o Supremo Tribunal Federal, precisam atualizar suas práticas a essa nova realidade que, mais do que fruto do Código de Processo Civil de 2015, é imperativo do amadurecimento democrático. As decisões dos tribunais precisam ser levadas a sério¹⁶, mas para isso os próprios tribunais, mormente o Supremo Tribunal Federal, precisam levar a sério a sua jurisprudência e o modo como produzem os seus precedentes.

Essa percepção decorre da estreita relação que há entre a prática interpretativa dos tribunais e o modo como as decisões judiciais são construídas. A qualidade do debate em torno das questões jurídicas relevantes no caso em julgamento, o modo como a argumentação é desenvolvida e a forma como a racionalidade decisória é externada repercutem diretamente sobre o produto final, ou seja, a decisão judicial. Uma decisão que é fruto de um processo de deliberação que prima pelo melhor tratamento dos direitos em jogo e a consistência dos argumentos jurídicos desenvolvidos no julgamento, assim também a forma como esses argumentos são explicitados para a comunidade jurídica e a sociedade como um todo, é uma decisão com maiores chances de realizar a integridade e a coerência. Além disso, o ensinamento contido na decisão é transmitido de forma mais clara e transparente, permitindo identificar os argumentos que efetivamente conduziram à solução do caso e, assim, a crítica e o debate sobre a correção dos argumentos desenvolvidos pelo tribunal, como também do parâmetro interpretativo que deverá guiar as instâncias inferiores na solução de outros casos. Dessa forma, a pesquisa analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal produz os seus precedentes obrigatórios e aponta as insuficiências do modelo atual de deliberação adotado e indica a necessidade de seu aperfeiçoamento.

Nessa ótica, partindo da compreensão de que o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 legitima-se no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro por meio da integridade e da coerência, a pesquisa questiona o modelo de deliberação adotado pelo Supremo Tribunal Federal na formação dos precedentes obrigatórios, reconhecendo a sua insuficiência para a plena consecução do ideal de

¹⁶ Katya Kozicki fala não apenas de levar o direito a sério, mas leva a justiça a sério. KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

legitimidade, condição de possibilidade para um sistema de precedentes conectado com os ideais democráticos, bem como a necessidade de constrangimentos institucionais para alterar esse quadro de deficiência. Para alcançar esse objetivo, parte-se dos aportes teóricos da filosofia constitucional que estão na base da doutrina do constitucionalismo contemporâneo¹⁷, correlacionando tanto a perspectiva procedimentalista como substancialista. Em seguida, a tese do direito como integridade, de Ronald Dworkin, passa a ser o fio condutor do desenvolvimento das concepções de integridade e coerência exploradas no trabalho.

É importante deixar claro que a pesquisa é uma reflexão sobre a legitimação do sistema de precedentes por meio da integridade e coerência, bem como sobre o procedimento de deliberação do Supremo Tribunal Federal na perspectiva da realização ou não dessa legitimação. Além disso, embora não seja um estudo de aplicação dos precedentes, são expostos fundamentos teóricos para a operacionalização do sistema de precedentes que se deseja construir no Brasil. O trabalho é desenvolvido com base em um estudo analítico descritivo apoiado na pesquisa bibliográfica. O método utilizado é tanto o indutivo quanto o dedutivo. Quando se debruça sobre a operacionalidade e a legitimidade do sistema de precedentes, o método de pesquisa empregado é o dedutivo, pois parte-se de uma visão geral idealizada do funcionamento do sistema, bem como de argumentos teóricos para justificar uma perspectiva de como deveria operar e se atenderia a exigência de legitimidade do sistema de precedentes estudado. Na parte em que é analisada a atuação concreta do Supremo Tribunal Federal, particularmente em relação às características do modelo de deliberação que adota e o procedimento de formação dos precedentes obrigatórios, a pesquisa segue o método indutivo, partindo-se de aspectos particulares do funcionamento do tribunal para a afirmação mais geral de insuficiência de seu procedimento decisório para as pretensões de integridade e coerência do sistema de precedentes.

Assim, no primeiro capítulo procura-se delinear o sistema de precedentes no Brasil. Pretende-se apontar que o Código de Processo Civil de 2015 concebe as linhas gerais para a construção de um sistema de precedentes adequado ao direito brasileiro, mas cuja implementação é paulatina e dependente do desenvolvimento doutrinário e da prática judicial. Nesse contexto, destaca-se a importância de se compreender os institutos do sistema de precedentes do *common law*, bem como os pressupostos teóricos para que esse sistema seja

¹⁷ “Consideramos que a Teoria da Constituição cumpre um papel central, como *chave interpretativa* do Direito Constitucional Democrático e, por isso, de todo os demais Direitos”. OLIVERIA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 136.

operado em sintonia com a exigência de um direito situado no marco do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo pretende-se demonstrar que o desenho institucional também é relevante para conformar as instituições de uma maneira geral, e as instituições jurídicas de modo particular, nos limites do objeto de estudo, o Supremo Tribunal Federal, aos objetivos propugnados pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao sistema de precedentes brasileiro, dentre os quais o de que a jurisprudência dos tribunais e, portanto, os próprios precedentes judiciais, sejam íntegros e coerentes. Nessa dimensão, são estudados os precedentes obrigatórios do Supremo Tribunal Federal, os diversos modelos decisórios das cortes constitucionais e as características do modelo praticado pela corte mais elevada do Poder Judiciário brasileiro, incluindo aí a análise de um precedente específico daquela Corte.

No terceiro e último capítulo da dissertação, pretende-se apresentar os fundamentos teóricos que justificam a incessante busca por legitimidade nas decisões judiciais, estendendo-os ao contexto mais geral do sistema de precedentes. Busca-se também construir uma compreensão de coerência e integridade que confira legitimidade ao sistema de precedentes. Por fim, procura-se demonstrar que o procedimento deliberativo levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal na formação dos seus precedentes obrigatórios apresenta obstáculos e dificuldades à plena concretização das exigências de integridade e coerência, acarretando déficit de legitimidade para o sistema de precedentes brasileiro.

1 SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: UM MODELO EM CONSTRUÇÃO

Este capítulo apresenta o sistema de precedentes introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, descreve a forma como o tema era tratado antes da reforma legislativa e aponta as principais inovações trazidas por seu intermédio. Além disso, são indicadas algumas características do sistema de precedentes brasileiro em comparação aos precedentes do *common law*, bem como abordadas as propostas doutrinárias que se colocaram na vanguarda para construir as bases dogmáticas que irão guiar a operacionalidade desse sistema.

1.1 A REFORMA PARADIGMÁTICA INSTAURADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 2015 instaurou no Brasil um sistema de precedentes? A ideia de sistema pressupõe um todo coerente e harmônico de normas e princípios. Assim, num sentido mais rigoroso, o termo sistema somente se aplicaria ao ordenamento jurídico como um todo, sendo inconcebível que um Código de disciplina processual fosse tão representativo.

A doutrina que alude ao surgimento de um sistema de precedentes no Brasil o faz na prospecção do seu desenvolvimento¹⁸. Nessa perspectiva, a locução sistema de precedentes é utilizada em sentido conotativo, expressando a ideia de formatação, estruturação e funcionalidade de um ordenamento jurídico no qual os precedentes importam, isto é, passam a ser fonte do direito. É o que pontua Marcelo Veiga Franco:

A formação e sistematização de uma *teoria dos precedentes* no Brasil, com regulamentação e regras próprias (*rules of precedent*), é essencial para a consolidação de um sistema coeso, estável e harmônico de elaboração, interpretação e aplicação das decisões judiciais.¹⁹

A aplicação dos precedentes (ou da jurisprudência) no Brasil sempre foi problemática. A pretexto de seguir a jurisprudência, dominante ou não, juízes e tribunais sempre incorrem no vício de citar ementas de julgados dos mais diversos tribunais do país como argumento de

¹⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 615.

¹⁹ FRANCO, Marcelo Veiga. A Teoria dos Precedentes Judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 520-535.

autoridade para cumprir o dever de fundamentação das decisões judiciais²⁰. Sabe-se, todavia, que a mera referência a um julgado, muito menos à sua ementa, é insuficiente para uma adequada apreensão dos fundamentos jurídicos que embasaram a solução da questão jurídica subjacente, cuja compreensão passa necessariamente pela exploração do contexto fático e jurídico que culminou com a decisão. Além disso, como mais a frente será exposto, precedente e jurisprudência são termos com significados diferentes, sendo a nossa tradição mais familiarizada com o segundo do que com o primeiro.

Maurício Ramires²¹ denunciou como ausência de fundamentação válida na decisão o recorte de ementário como fundamento suficiente para o julgamento do caso, reconhecendo nisso uma arbitrariedade. Pode se dizer que essa prática é arbitrária ao menos por que duas razões. Primeiro, porque representativa de uma mera escolha de ementas adaptáveis, antes em um ementário de jurisprudência tabulado e impresso, hoje mediante pesquisa nos sítios eletrônicos dos tribunais na internet, que no mais das vezes nada ou pouco refletem os casos decididos e, em geral, nada têm a ver com o caso para o qual são invocadas como fundamento de decisão, ao estilo do primeiro decidido, depois fundamento. Segundo, porque fiada em um raciocínio formal silogístico reprodutor de conceitos vagos e abstratos que escondem o caso.

O Código de Processo Civil de 2015 pretende superar essa realidade há muito incompatível com o atual estágio de desenvolvimento do Direito, edificada em pressupostos metodológicos e paradigmas filosóficos que já deveriam ter sido vencidos, pois contrários à realização daquilo que se tem compreendido como sendo um Estado Democrático de Direito²².

Nesse sentido, a legislação atual cuida de estabelecer duas regras fundamentais para o desenvolvimento de um modelo de respeito aos precedentes. Em primeiro lugar, o mandamento para que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente, exarado no art. 926 do Código de Processo Civil. Em segundo lugar, a imposição de vício de fundamentação à decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou

²⁰ Essa prática, de acordo com o art. 489, V, do CPC, agora leva à anulação da decisão por vício na fundamentação.

²¹ RAMIRES, Maurício. **A Invocação de Precedentes Jurisprudencial como Fundamentação de Decisão Judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de *civil law* e *common law* no Brasil e uma proposta para a sua superação hermenêutica**. 2009. 141 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

²² “No Estado Democrático de Direito, a co-originariedade entre a autonomia pública/soberania popular e a autonomia privada/direitos fundamentais converge através de um processo de autolegislação democrática em que os cidadãos são simultaneamente destinatários e autores das normas jurídicas. Para tanto, o processo de produção do Direito tem como fundamento um sistema democrático calcado no respeito à Constituição”. VASCONCELOS, Antônio Gomes; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 8, n. 1, janeiro-abril 2016, p. 37-52.

enunciado de súmula, sem identificar os seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos, expressa no art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil.

Um e outro dispositivo se reforçam reciprocamente. Como será exposto mais adiante, o dever de integridade e coerência é importantíssimo para o resgate dos elementos estruturantes da decisão judicial a partir do reconhecimento da dimensão pragmática da linguagem, trazendo para a análise do caso a sua necessária reconstituição do ponto de vista histórico, a partir da conexão com os princípios estabelecidos em uma comunidade política, condição de possibilidade para a adequada interpretação/aplicação dos precedentes.

Confrontando a realidade extraída da prática jurídica brasileira e a novel normatização produzida democraticamente, não há dúvida de que o Código de Processo Civil de 2015 opera uma ruptura com o paradigma então dominante na decisão judicial, expressando o alicerce de um novo modelo de formação e aplicação de precedentes em tudo comprometido com o perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, que é precisamente aquele consagrado na Constituição Federal de 1988.

1.2 O QUE SÃO OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS – DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTES, SÚMULAS E TESES

Os conceitos são importantes ferramentas para a correta compreensão do objeto estudado. Assim, divisar o que é o precedente, a jurisprudência, a tese e a súmula é um importante passo para ordenar as ideias aqui trabalhadas.

Os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que servem de paradigma para decisões subsequentes²³. Traduz-se na aplicação de lições do passado para a solução de problemas atuais. Para Hermes Zaneti Jr., os precedentes judiciais “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”²⁴.

O caso (*case*) é elemento fulcral na delimitação do precedente, não se concebendo falar em precedente sem que sejam delineadas as circunstâncias fáticas e jurídicas da decisão como tal invocada. No *common law*, a distância temporal também é fundamental à sua identificação, pois somente quando invocado como parâmetro para a solução de um caso no

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma Introdução à Doutrina dos Precedentes Vinculantes e Obrigatórios. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 147-171, jul./dez. 2016.

²⁴ ZANETI JR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 328.

futuro é que o precedente será visto como tal.

A decisão jurídica serve à resolução de uma questão jurídica. Uma questão jurídica é um problema com uma dupla dimensão: fática e jurídica, ambas aglutinadas no caso. O precedente terá surgido quando as peculiaridades fáticas e jurídicas da decisão tomada no passado tiverem ressonância num caso analisado no futuro e, assim, influenciar o desate da nova questão jurídica em julgamento. Esse exercício não é simples, antes envolve múltiplas e complexas operações mentais. Quando se fala na exigência de uma teoria dos precedentes é precisamente a complexidade dessa operação que está em jogo.

Lucas Buril de Macêdo menciona que o precedente tem um inegável aspecto relacional, pois somente aplicável a casos análogos, da seguinte forma: “o tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que fatos similares a X, caso ocorram, sejam tratados também da forma Y”²⁵. Para esse autor, o precedente, todavia, não é o tratamento dado ou solução encontrada para a questão jurídica, senão o ato decisório como um todo²⁶.

As lições colhidas acima retratam a concepção tradicional do precedente no *common law*. No Brasil, por força de lei, a dimensão temporal como elemento constitutivo do precedente obrigatório é dispensada. É que os precedentes obrigatórios seguem uma específica tipologia de decisões dos Tribunais, conforme estabelecido no art. 927 do Código de Processo Civil de 2017. Além disso, os precedentes tidos como obrigatórios geram, por antecipação, em muitos casos, a enunciação de uma tese jurídica que deverá ser estendida a todos os casos semelhantes, o que não ocorre com o genuíno precedente do *common law*.

A despeito das peculiaridades do precedente obrigatório no direito brasileiro, não há dúvida que tanto a questão de fato subjacente à decisão como os aspectos jurídicos nela debatidos e, ainda, a solução encontrada ao problema apresentado no caso são cruciais para a análise da lição que o precedente deverá legar para a sua futura aplicação.

Cabe dizer que a solução à questão jurídica posta no precedente e que fundamenta a tese jurídica a ser enunciada, não é o precedente, assim como não o é a decisão materializada no acórdão do tribunal, pois a tese jurídica sozinha ou a decisão estruturada na forma de um acórdão são apenas um resumo e um ato judicial respectivamente. Importa como precedente a lição extraída do tratamento dado à questão jurídica no caso anterior, a qual é indissociável

²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 88.

²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 88.

dos fatos que a gerou²⁷.

É comum referir-se ao precedente aludindo ao caso tal ou qual, como, por exemplo, *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana e que foi a origem do controle de constitucionalidade difundido nos Estados Unidos da América, ou, no Brasil, mediante a indicação da classe processual e o seu respectivo número de registro no Tribunal, por exemplo, ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, nas quais o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis. Isso poderia levar à ideia, numa conclusão apressada, de que o precedente é um determinado julgado específico, o que não é verdade.

A indicação do caso (*Marbury v. Madison*) ou da classe processual e seu respectivo número de registro (ADPF n. 132, ADI 4.277) referem-se apenas à decisão que levou à formação do precedente. O precedente, assim, é mais do que o simples resultado alcançado no julgamento e também mais que a própria decisão vista em seu conjunto (relatório, fundamentação e dispositivo). É a lição, o ensinamento transmitido pela aplicação dos princípios e regras ao caso anterior, ou seja, o que a solução do caso anterior legou em termos de aprendizado para a correta aplicação do direito.

O termo jurisprudência tem sentido ligeiramente diverso do que se considera um precedente. Num sentido geral, pode-se dizer que jurisprudência se refere a um conjunto de precedentes que se reforçam mutuamente ou sinalizam um sentido ou entendimento acerca de determinada questão jurídica²⁸.

R. Limongi França rememora a origem latina da expressão e alude aos diversos conceitos do termo²⁹. Modernamente, contudo, indica dois sentidos mais utilizados para a expressão, um que diz respeito ao conjunto das manifestações dos juízes e tribunais, as quais implicam um rito próprio, imposto por lei; outro também alusivo ao conjunto de pronunciamentos judiciais, porém semelhantes num determinado sentido, de modo constante, reiterado e pacífico³⁰. É neste segundo sentido que o termo é empregado neste trabalho.

A jurisprudência, portanto, ora pode se referir a um entendimento pacífico ou

²⁷ “A vinculação ao sistema de precedentes não quer dizer vinculação a uma decisão, mas a uma série de decisões ao longo da história, as quais concretizam uma *rule of law*”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 34.

²⁸ Daniel Mitidiero explica que a expressão jurisprudência, tal como normalmente a empregamos, é de origem francesa, distinguindo-se o termo francês “*jurisprudence*” do alemão “*Jurisprudenz*”, a significar a Ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*), bem como do inglês “*jurisprudence*”, utilizado para referir ao estudo geral ou do estudo filosófico do direito. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

²⁹ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 118-125.

³⁰ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

prevalente na prática judicial, ora pode dizer respeito ao que for considerado como tal pelo próprio tribunal com autoridade para decidir determinadas questões. No primeiro caso, jurisprudência pode se referir a um conjunto de decisões do tribunal num mesmo sentido, no segundo, a uma decisão específica com força obrigatória ou a uma súmula editada pelo tribunal.

Súmula, por sua vez, refere-se ao conjunto dos enunciados que sintetizam a jurisprudência de um tribunal. O vernáculo forense consagrou, todavia, a ideia de súmula como sinônimo de enunciado. Nesse sentido, a súmula é o enunciado construído para traduzir a tese jurídica criada por uma determinada decisão ou pela jurisprudência.³¹

Diferentemente do precedente, a súmula é a síntese de uma tese jurídica. Assim, por mais que o enunciado da súmula deva ter conexão com a jurisprudência do tribunal, isto é, deva referir-se ao conjunto de decisões que sinalizam um determinado entendimento da corte, o fato é que a tese jurídica assim formatada, isto é, a tese em forma de enunciado, desprende-se dos casos e problemas jurídicos que foram enfrentados nos precedentes que levaram à consolidação de uma determinada jurisprudência. Daí porque Claudia Maria Barbosa afirma que a súmula desprende-se do caso que lhe deu origem transformando-se em verdadeiro mandamento autônomo³², de maneira que é possível afirmar que tem pretensão de generalidade e abstração, sendo em muito semelhante à lei³³.

Nos julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência o Tribunal incumbido do julgamento do recurso ou incidente tem como prática definir a tese jurídica que em seguida passará a ser parâmetro para a solução de outros casos que envolvam a mesma questão jurídica. Nessa hipótese, a tese jurídica é construída na forma de enunciado, o que em muito se assemelha à súmula³⁴.

Nesse sentido, a diferença entre tese jurídica e súmula é apenas de grau de generalidade. Enquanto a súmula consubstancia uma tese jurídica com carga de generalidade muito próxima da lei, quase que se desprendendo dos casos que a geraram, a tese jurídica produzida pelo tribunal tem carga expansiva menor, prendendo-se ao caso ou casos que foram

³¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 81.

³² BARBOSA, Claudia Maria. **Os Novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, p. 202.

³³ Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

³⁴ No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, passou-se a adotar uma numeração para as teses de repercussão, com a publicação de uma lista contendo as teses de repercussão geral aprovadas e de outra, as teses não aprovadas (cuja repercussão geral não foi reconhecida).

analisados na decisão, sem os quais o próprio enunciado ficaria sem sentido.

Portanto, convém não confundir os institutos jurídicos mencionados e também entender que os conceitos são interdependentes. O precedente não é jurisprudência, embora possa ser expressão desta. A jurisprudência não é súmula, mas pode vir a sê-lo se adotada a técnica de elaboração da tese jurídica na forma de um enunciado. A tese jurídica, por sua vez, pode ser produto de um precedente ou de uma jurisprudência, neste último caso expressa na forma de enunciado de súmula³⁵.

O art. 927 do Código de Processo Civil, fundamento legal da força obrigatória dos precedentes, refere-se tanto a precedentes quanto a súmulas. Por essa razão, é preciso cuidado com o emprego da expressão “precedentes obrigatórios”, pois o precedente, a rigor, não se confunde com a súmula. O precedente obrigatório compreendido nessa acepção estrita são apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como as decisões do plenário ou órgão especial aos quais os juízes e desembargadores estão vinculados³⁶.

Seja como for, tanto a jurisprudência quanto o precedente e a súmula podem e devem ser operacionalizados como fonte do direito, cumprindo a função básica de interpretação e concretude do próprio direito³⁷. Não se quer dizer, por óbvio, que a lei perdeu o seu espaço ou importância no sistema de *civil law*, mas que, atualmente, lei e jurisprudência (precedentes e súmulas) não são fontes estanques ou hierarquizadas, senão complementares³⁸.

1.3 POR QUE OS PRECEDENTES IMPORTAM?

Várias são as razões pelas quais os precedentes devem ser seguidos, normalmente distinguíveis entre justificativas formalistas ou finalistas. A justificativa formal, a partir do Código de Processo Civil de 2015, é a de que a observância dos precedentes decorre de

³⁵ Taís Schilling Ferraz lembra que algumas das primeiras decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em questões constitucionais de repercussão geral vieram acompanhadas, em ato contínuo, da edição de súmulas vinculantes. FERRAZ, Taís Schilling. **O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

³⁶ Alexandre de Freitas Câmara diz que o mero fato de o padrão decisório constar do rol do art. 927 do CPC não lhe atribui eficácia vinculante. CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 282.

³⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 266.

³⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 266.

imposição legal, mais precisamente do disposto em seu art. 927³⁹.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra não há lei prevendo que os precedentes devam ser considerados. O que há são leis que conferem aos tribunais o poder de reformar decisões. Todavia, no *common law* a racionalidade dos precedentes é tão difundida e enraizada que poucos questionam os motivos e a real necessidade de se seguir precedentes (doutrina do *stare decisis*)⁴⁰. O silêncio do Parlamento é lido como uma aprovação ou permissão da teoria dos precedentes^{41 42}.

Michele Taruffo reconhece que no sistema inglês, o precedente é dotado de maior eficácia, pois, em linha de princípio, espera-se que o juiz o siga⁴³. Quando não pretendem seguir o precedente, os juízes ingleses usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas para não se considerarem vinculados. No sistema norte-americano a força do precedente existe, mas em menor grau, pois “il giudici americani applicano i precedenti con grande discrezionalità, ossia – per così dire – quando non trovano regioni sufficienti per non farlo”.⁴⁴

As justificativas finalistas ganham relevância num cenário de baixo desenvolvimento de um modelo de precedentes. Na ausência de uma prática arraigada, é preciso encontrar boas razões para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes. E as boas razões normalmente são identificadas com os benefícios que a observância dos precedentes proporcionam ao sistema jurídico, mesmo quando haja fundamento deontológico para respeitá-los⁴⁵.

Desse modo, a busca por uma racionalidade para respeitar os precedentes é mais facilmente encontrada em argumentos finalistas. Os mais conhecidos são: economia processual; duração razoável do processo; maior legitimidade e fortalecimento institucional do Poder Judiciário; uniformidade de interpretação e aplicação do Direito; clareza e generalidade; previsibilidade; desestímulo à litigância e favorecimento de acordo;

³⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁴⁰ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52 (Coleção O Novo Processo Civil).

⁴¹ Na Inglaterra a *House of Lords* fixou a eficácia vinculante de suas decisões pela primeira vez no caso *Beamish v. Beamish*, de 1861.

⁴² Parte da doutrina sustenta que o dever de respeito aos precedentes é retirado da Constituição Norte-Americana, com base no art. 3º.

⁴³ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. a.3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. a.3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 117.

responsabilidade pessoal do juiz; e, racionalidade econômica⁴⁶.

Todas essas justificativas abstratas e formais de algum modo se amalgamam e repousam nas conclusões sobre qual tipo de acontecimentos devem ser tratados da mesma maneira, isto é, em função do que se espera alcançar em um contexto decisório⁴⁷.

Luiz Guilherme Marinoni menciona que o respeito aos precedentes expressa um valor e um comportamento⁴⁸. O valor consistiria na aspiração à impessoalidade que fundamenta o ideário da generalidade da lei (leia-se trato de casos similares do mesmo modo), o qual leva ao comportamento consonante com o direito. O valor impessoalidade é avesso à cultura patrimonialista, que enfraquece as organizações e instituições e leva à irracionalidade na distribuição da justiça, favorecendo a conspurcação do direito⁴⁹. Para o citado autor, portanto, há uma dimensão ética que justifica o respeito aos precedentes:

Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.⁵⁰

Os argumentos de princípio que esteiam a devida atenção aos precedentes são a segurança jurídica e a igualdade de tratamento. Trata-se de dois valores caros ao Estado Democrático de Direito e que devem impregnar o ordenamento jurídico como um todo e o modo de sua aplicação aos casos em particular.

A segurança jurídica é uma característica essencial do direito, fundamental para qualquer sistema jurídico⁵¹. Mesmo que o bem comum exija certo grau de flexibilidade do Direito, tendo em vista a mudança que sofrem os valores sociais, a necessidade de segurança jurídica continua sempre presente, pois as pessoas precisam ter consciência das consequências jurídicas de seus comportamentos⁵².

⁴⁶ Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59-70 (Coleção O Novo Processo Civil); MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

⁴⁷ SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

⁵¹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 118.

⁵² “O binômio *segurança-estabilidade*, tenazmente perseguido pelo Direito, está, como antes dito, em constante

Humberto Ávila⁵³ explica que a segurança jurídica não quer dizer previsão de consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, “mas sim a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade”⁵⁴. Operando como um princípio jurídico, a segurança jurídica visa a um estado de coisas a ser promovido (aspecto finalístico). Seu conteúdo material, nesse sentido (quanto ao fim), é tanto a cognoscibilidade ou compreensibilidade, quanto a confiabilidade e a calculabilidade.

A cognoscibilidade refere-se à “elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”⁵⁵. É condição indispensável para a orientação jurídica e está ligada à exigência de clareza, precisão e inteligibilidade dos textos normativos.

A confiabilidade relaciona-se à “proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”⁵⁶. Conecta-se à expectativa de estabilidade do direito, a preservação da sua consistência, mas com níveis de flexibilidade⁵⁷.

Por fim, a calculabilidade diz com a “elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas”⁵⁸, ou seja, antecipar, em elevado grau, possibilidades interpretativas e consequências práticas das normas jurídicas. Corresponde à noção de previsibilidade na aplicação do direito nas decisões judiciais.

O princípio da igualdade iniciou a sua trajetória de densificação com um conteúdo básico que consiste em tratar todas as pessoas como iguais na aplicação da lei. A expressão “todos são iguais perante a lei” tinha o objetivo de excluir os privilégios gerais, ideário do Estado liberal. Embora essa perspectiva puramente formal da igualdade não significasse uma negação das diferenças no plano real, sem dúvida ignorava as circunstâncias fáticas e levava a grandes injustiças.

tensão com a *mutação-instabilidade* próprias da vida e dos acontecimentos sociais [...]”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174.

⁵³ O autor trabalha com as seguintes categorias da segurança jurídica: como fato, como valor e como norma. E explica: “uma coisa é o *fato* de os julgadores aplicarem o ordenamento jurídico a fim de confirmar as previsões feitas para a maioria das suas decisões; outra é a asserção de que é muito *melhor* um ordenamento previsível que um imprevisível; e outra, ainda, a obrigação de os julgadores aplicarem o ordenamento de modo a aumentar a probabilidade de previsões das suas decisões por parte dos operadores do Direito”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 130.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 144.

No Estado social, as diferenças que possam excluir ou prejudicar indivíduos (econômicas, sociais, políticas etc.) passam a ser consideradas, justificando o tratamento adequado à sua eliminação quando injustificadas. A expressão que traduz esse postulado é a de que “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente, na medida de sua desigualdade” e tem por objetivo assegurar igualdade de chances ou oportunidades. Assim, equivalência ou distinção passam a ser juridicamente valoradas como forma de interditar arbitrariedades fáticas ou jurídicas.

A teoria dos precedentes no *common law* é amplamente fundamentada no adágio *treat like cases alike*, representação do princípio da igualdade. Luiz Guilherme Marinoni menciona que este princípio sempre esteve na base do *common law*, recomendando tratar da mesma forma os casos similares⁵⁹.

Com efeito, a ideia de que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas é uma consequência direta do princípio da igualdade. Cuida-se, nesse caso, da igualdade na aplicação do Direito, que gera o dever de que os julgamentos seguintes sejam no mesmo sentido, conformando uma perspectiva de uniformidade das decisões⁶⁰.

Lucas Buril de Macêdo entende que “os precedentes obrigatórios não necessariamente servem para concretizar a igualdade material ou substancial [...] garantida através do próprio direito material ou do direito processual”⁶¹. Esse pensamento, no entanto, confere primazia ao aspecto da estabilidade dos precedentes, que circunscreve apenas ao plano meramente formal-aplicativo dos precedentes⁶².

Os princípios da segurança jurídica e da igualdade são interdependentes. Não é possível falar em segurança sem igualdade, nem em igualdade sem segurança. Admitir “decisões sub-otimais”⁶³ como um “custo da segurança que é fornecida pelos precedentes judiciais obrigatórios”⁶⁴, além de colocar a igualdade material em segundo plano, revela uma perspectiva pessimista da teoria do Direito, que não seria capaz de cobrir toda a complexidade

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87.

⁶⁰ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 154-155.

⁶¹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 1354-155.

⁶² MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 1354-155.

⁶³ O autor apoia-se em Frederick Schauer, que alude ao custo do precedente como sendo a produção de decisões “abaixo do ideal” para um sistema que busca a estabilidade. Cf. SACHAUER, Frederick. Precedente. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 83.

⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 155.

do mundo e dos casos surgidos. Como será visto adiante, o mandamento da integridade deve recobrir todas as dimensões do caso em julgamento e promover o tratamento equânime traduzido na fórmula do igual respeito e consideração, de modo que, se os princípios legitimantes da comunidade assim o recomendarem, quebrará a segurança para que seja preservado ou restaurado o elemento substancial da moralidade pública, fundamento dos princípios políticos e deveres jurídicos.

Tanto a segurança jurídica quanto a igualdade encontram seus horizontes de sentido na Constituição e na tradição do constitucionalismo contemporâneo. São princípios cuja densificação foi sendo paulatinamente construída ao longo do processo histórico e que, por isso, não podem ser instrumentalizados para caber num ideário metafísico de racionalidade, mas devem ser apreendidos hermeneuticamente e, como tal, cumprir o seu propósito de conformação do Estado Democrático de Direito, o que pressupõe que suas dimensões e perspectivas normativas espraíem-se por todo o sistema jurídico, abarcando uma teoria dos precedentes que seja compatível com esse paradigma.

1.4 DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A tradição *civil law*, a qual o sistema jurídico brasileiro é filiado, de matriz legicêntrica, não desenvolveu um modelo próprio de aplicação de precedentes porque a lei é a fonte por excelência do direito, soando-lhe estranho um direito de base judicial ao estilo *judge-made law*. Não por outra razão que a doutrina brasileira tem buscado inspiração nos institutos do *common law*, passando a empregar, nos estudos sobre os precedentes, termos e expressões comuns a este sistema jurídico.

Todavia, as diferenças entre as duas tradições – *civil law* e *common law* – não permitem falar numa incompatibilidade entre uma e outra. Ao revés, a história evolutiva de ambos os sistemas jurídicos apontam desenvolvimentos práticos e teóricos que levam a uma aproximação das duas tradições. O *common law* incorporou uma ampla produção legislativa (*statutes*), ao passo que o *civil law* tem reconhecido cada vez mais o importante papel das decisões judiciais na conformação do Direito⁶⁵.

A jurisprudência é sempre lembrada como fonte do direito ao lado do costume, da lei e da doutrina. No *civil law*, porém, a lei sempre foi considerada a fonte predominante e na qual a jurisprudência encontra o seu limite. Somente enquanto interpretação da legislação é que a

⁶⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 84.

jurisprudência adquire o *status* de fonte do direito.

No *common law*, a lei (*statute*) também é de observância obrigatória, mas a sua presença no sistema é secundária, pois entendida como instrumento de preenchimento de lacunas do direito costumeiro (*customary law*), desenvolvido pelos juízes. “O juiz inglês moderno ainda vê a lei promulgada (*enacted law*) como uma exceção, um enxerto, ou correção do *customary law* em suas mãos”⁶⁶, interpretando-a de maneira estrita (contexto de legislação ou *statutory context*), sob a premissa de que o Parlamento legisla em oposição ao *customary law* totalmente abrangente⁶⁷. O modelo norte-americano, em linhas gerais, tem a mesma arquitetura, com algumas circunstâncias específicas destacadas por Claudia Maria Barbosa:

(...) a existência de uma Constituição suprema e escrita, que limita a atuação de todos os poderes, a forma federativa do Estado norte-americano, que desde o início impôs uma flexibilização dos precedentes, e a existência de um número muito maior de leis escritas que também relativiza a construção da decisão judicial baseada apenas em *cases*.⁶⁸

Para além dessas e outras diferenças entre as duas tradições (*civil law e common law*), a evolução do pensamento jurídico moderno, influenciado pelos desenvolvimentos havidos na filosofia política e na filosofia do direito no século XX, especialmente em relação ao tema da resignificação e realização da democracia em sociedades complexas e plurais, tem apontado para uma significativa alteração no modelo de fontes do Direito, compreendendo mais profundamente o papel do intérprete no processo de criação da norma jurídica⁶⁹, o que sobreleva a importância dos precedentes também nos países cujo sistema jurídico pertence à família romano-germânica do direito.

Ademais, no *civil law* a jurisprudência tem a função básica de interpretação e concretização do próprio direito, não se justificando, hodiernamente, que seja colocada em grau diferente de hierarquia em relação à lei, devendo ambas ser enxergadas em uma relação

⁶⁶ SCARMAN, Lorde Leslie. **O Direito Inglês: a nova dimensão**. Tradução de Inez Tóffoli Batista. Porto Alegre: Fabris, 1978, p. 16.

⁶⁷ SCARMAN, Lorde Leslie. **O Direito Inglês: a nova dimensão**. Tradução de Inez Tóffoli Batista. Porto Alegre: Fabris, 1978, p. 16.

⁶⁸ BARBOSA, Claudia Maria. **Os Novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, p. 180.

⁶⁹ Aludindo ao papel das constituições democráticas surgidas em diversos países a partir da II Guerra Mundial, Claudia Maria Barbosa lembra a relevância da intervenção do intérprete para a proteção e alcance dos direitos fundamentais. BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Limites e possibilidades da legitimação e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil** [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p. 59-81.

de complementaridade⁷⁰. É dizer, a lei, em nosso sistema, o que é reforçado pela Constituição Federal, art. 93, IX, não perdeu o seu lugar de destaque, sendo obrigatória a sua observância, mas a sua normatividade somente é compreendida em face da interpretação que lhe é dada pelo Poder Judiciário.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 não deixa de ser um produto dessa percepção teórico e prática da teoria do direito contemporâneo, lançando as bases ou o embrião do que pode vir a ser chamado de um verdadeiro sistema de precedentes brasileiro no futuro⁷¹, ainda que a partir do estudo de termos e técnicas de outro sistema, o *common law*, por necessidade de assimilação decorrente de um escasso desenvolvimento teórico, mas com a devida adaptação ao contexto jurídico nacional.

Uma das técnicas importadas refere-se à identificação da *ratio decidendi* ou *holding*. O estudo da diferenciação entre *ratio decidendi*⁷² e *obiter dictum* tem o sentido de descortinar o conteúdo do precedente que se considera obrigatório (*stare decisis* no *common law*). A dogmática alude que a pergunta a ser respondida é o que é importante no precedente para construir a sua norma?⁷³ A *ratio decidendi* corresponderia ao conteúdo do precedente considerado obrigatório. Tudo o mais seria *obiter dictum*.

Encontrar a *ratio decidendi* do precedente não é uma operação simples. Mesmo no *common law*, onde o tema é secularmente estudado, há claro desacordo doutrinário. Duas teses bastante conhecidas são o denominado teste de Wambaugh e o método de Goodhart⁷⁴.

Euge Wambaugh pontua que “In short, when a case turns on only one point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise”⁷⁵. A tese, portanto, consiste em formular, em primeiro lugar, a suposta posição de direito, e em seguida inserir na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Num segundo momento, é necessário perguntar se a decisão teria sido tomada caso o tribunal levasse em conta a nova proposição.

⁷⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 266.

⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275-297.

⁷² Terminologia adotada no direito inglês. No direito norte-americano a expressão mais utilizada é *holding*. No Brasil as expressões equivalentes são “razões de decidir” ou “motivos determinantes”.

⁷³ MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 214-238.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

⁷⁵ WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. Boston: Little, Brown and Company, 1892, p. 6.

Se a resposta for negativa, então se está diante de um precedente⁷⁶.

William Pugliese explica que o erro de Wambaugh é facilmente identificado diante de um caso em que o tribunal fundamenta sua decisão em dois argumentos distintos, de modo que, tomando-se qualquer um dos motivos e revertendo-se o seu significado, o resultado da decisão não é alterado, pois, “em todo caso que contiver duas razões independentes, o teste de Wambaugh indicará que as duas são, na verdade, *obter dicta*, pois nenhuma delas é suficiente para, isoladamente, alterar o resultado da decisão”⁷⁷.

Arthur Goodhart, por sua vez, acentua a necessidade de verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais. Somente quando a base fática for idêntica, o precedente vinculará. Nas palavras desse autor,

The judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts [...]It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law.⁷⁸

Em síntese, para Arthur Goodhart, “The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion”⁷⁹. Assim, para que o método de Goodhart se aperfeiçoe, todos os fatos do caso devem ser determinados e, dentre estes, identificados quais foram admitidos como materiais para decidir, bem como a decisão que neles se fundou⁸⁰.

William Pugliese sintetiza a explicação do que seria a *ratio decidendi* para Goodhart da seguinte maneira: “a regra jurídica definida pelo juiz para decidir o caso da forma como ele o observou, ou seja, de acordo com os fatos considerados materiais”⁸¹. Esse método não faz qualquer menção à lei, sendo inteiramente baseado na apreciação de fatos e regras criados pelo próprio julgado. Por isso William Pugliese vai concluir que esse método não é compatível com a nossa tradição civilista, pois nela o juiz não pode limitar-se apenas aos

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

⁷⁷ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

⁷⁸ GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 169, dec. 1930, p. 161-183.

⁷⁹ GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 169, dec. 1930, p. 161-183.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 163-164.

⁸¹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

fatos, sendo a lei a sua principal referência⁸².

Lucas Buril de Macêdo refere que há inúmeras formas ou métodos para a determinação da norma do precedente, havendo estudos apontando o número de não menos que sessenta e quatro formas diferentes⁸³. A doutrina brasileira, influenciada pela polêmica do *common law*, se ressentiu do mesmo problema de identificar a *ratio decidendi* de um julgado.

Dizer que a *ratio decidendi* são as razões que determinam o resultado do julgamento é simplificar em demasia a questão. Basta ser feita a pergunta sobre quais são as razões determinantes do julgamento para se defrontar com a complexidade que envolve o problema⁸⁴.

Para alguns, a *ratio decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão, ao passo em que para outros ela é localizada no dispositivo do julgado. Essas posições, todavia, incorrem no equívoco muito comum à aplicação da lei no positivismo legalista, a de que seria possível fixar-lhe um único sentido correto, alcançável por intermédio do método.

Por isso, faz-se necessária uma compreensão hermenêutica do fenômeno interpretativo. Além da diferença entre texto e norma, é preciso reconhecer que o método sempre chega atrasado, pois quando interpretamos, já compreendemos. Nessa perspectiva, a *ratio decidendi* não pode ser nem a fundamentação nem o dispositivo, mas “o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto”⁸⁵, ou seja, “é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”⁸⁶. Por outro lado, os demais elementos argumentativos contidos na decisão cujo conteúdo são irrelevantes para a solução da questão jurídica nela contida considera-se *obiter dictum*, ou argumentos de passagem.

A regra jurídica do precedente ou *ratio decidendi* não é algo que vai ser aplicado de forma mecânica ou subsuntiva na solução de novos casos. A regra ou princípio extraído do precedente invocado como fundamento semelhante passará por um debate e atividade interpretativa à luz do novo caso, podendo ou não servir-lhe como base para a sua solução⁸⁷.

⁸² PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

⁸³ MACÊDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 223.

⁸⁴ “No *Common Law*, são conhecidas as definições de Rupert Cross e Neil MacCormick para *ratio decidendi*. O primeiro sustenta que *ratio decidendi* são razões *necessária* para a solução do caso, enquanto que o segundo afirma que são as razões *suficientes*, sustentando que a palavra ‘necessária’ conferiria uma abrangência maior ao significado de *ratio*” (CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105).

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 37.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**

Essas ideias são mais palatáveis no *sistema common law*, pois lá a proposição ou mandamento jurídico que consubstancia a *ratio decidendi* é indissociável do caso e seus elementos materiais e circunstanciais. No Brasil, porém, o precedente geralmente vai dar origem a uma tese jurídica que é enunciada desde logo e que deverá ser aplicada aos casos semelhantes posteriores, o que a prática judicial dominante sempre foi inclinada a fazer por meio da subsunção (a exemplo da escolha de ementas). Portanto, para que a tese jurídica traduza efetivamente o precedente, é preciso compreender que ela não é a norma, pois esta é sempre do caso, mas uma regra ou princípio jurídico (texto) a ser interpretado à luz da reconstituição do caso e reconstrução argumentativa dos fundamentos que embasaram a sua solução, bem com levar em consideração a problematização que o caso em julgamento acrescenta ao processo aplicativo.

Em síntese, está claro que há pontos de convergência importantes entre o *common law* e o *civil law*, mas isso não permite ignorar as diferenças e peculiaridade de cada tradição. Bem por isso, a dogmática de uma, embora não seja totalmente estranha a outra, não pode sofrer um simples processo de assimilação irrefletido, mas compreendida, incorporada e adaptada na exata medida da complexidade própria de cada tradição.

Embora por um lado se reconheça que os precedentes em um e outro sistema jurídico, em maior ou menor grau e respeitadas as peculiaridades intrassistêmicas, são fontes do direito e integram o seu processo interpretativo, por outro é visível que o modo de identificação da *ratio decidendi* submete-se a particularidades dos dois lados, revelando que o estudo dogmático dos precedentes no Brasil não pode se contentar com simplificações, mas deve levar a sério a complexidade inerente ao sistema jurídico pátrio (e própria de qualquer sistema jurídico moderno), o que não se faz sem os aportes teóricos filosóficos que repercutem sobre o direito contemporâneo.

1.5 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

No direito brasileiro a obrigatoriedade de seguir precedentes foi estabelecida em lei, precisamente no art. 927 do Código Civil de 2015. Segundo o referido preceito legal, juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos,

bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁸⁸.

No *common law* a força obrigatória dos precedentes tem sustentação na doutrina do *stare decisis*⁸⁹, expressão reduzida da formula latina *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz literalmente como “não mexer no que está estabelecido”. Construída na tradição anglófona do direito, esta doutrina apoia-se em duas regras, ou seja, tribunais inferiores estão vinculados a tribunais superiores e tribunais superiores estão vinculados às suas próprias decisões anteriores⁹⁰. Assim, quando um conjunto de fatos e circunstâncias sejam similares a de um precedente anteriormente firmado pelo tribunal superior, o mesmo tribunal ou o tribunal inferior deverá aplicá-lo, consoante determina a fórmula anglo-americana do princípio da igualdade (*treat like cases alike*).

Embora o *stare decisis* não seja aplicado de forma idêntica em todos os países do sistema *common law*, e já se disse que o juiz inglês o aplica com maior rigidez que o juiz norte-americano, esse, em linhas gerais, é o seu pano de fundo. Sua viga mestra, portanto, é vincular os tribunais (e juízes) a seguirem suas próprias decisões (*stare decisis* horizontal) ou de tribunais superiores (*stare decisis* vertical).

No modelo brasileiro de precedente introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, embora pertencente a outra tradição jurídica – o *civil law* –, reconhece-se a atribuição de força obrigatória aos precedentes judiciais⁹¹. Essa obrigatoriedade, tal como estruturada na lei, consiste na vinculação dos juízes e tribunais a certas decisões dos tribunais superiores (STF e STJ), e destes às suas próprias decisões. Também a vinculação do juiz a determinadas decisões do tribunal ao qual está vinculado, as quais igualmente vinculam o próprio tribunal.

Desse modo, nota-se que a relação de hierarquia entre os tribunais é um componente para a compreensão da força obrigatória conferida aos precedentes (vinculação vertical), pois a obrigatoriedade se justifica por emanar de um órgão superior, assim como também o é a coerência (vinculação horizontal), que justifica a necessidade do próprio tribunal de seguir os seus precedentes.

Em linha de princípio, no que toca ao aspecto da vinculação dos juízes e tribunais,

⁸⁸ Os enunciados de súmula, vinculados ou não, não são precedentes no sentido técnico do termo.

⁸⁹ “Não há que se confundir *common law* com *stare decisis*”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

⁹⁰ OLIVEIRA, MARIA A. J. de S. C.; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari* chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, jan./jun. 2013, p. 121-175. Disponível em: < <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/10>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

⁹¹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334-360.

portanto, o *stare decisis* é muito próximo da regra brasileira da força obrigatória dos precedentes. A diferença é realçada quando comparados os precedentes do *common law* com os precedentes brasileiros, nesse ponto se distinguindo claramente um e outro modelo desde a sua origem, fonte e formação até o modo de sua aplicação.

Com efeito, o modo como são formados os precedentes no Brasil, bem assim a prática nacional em torno de sua aplicação são muito diferentes do *common law*. No que toca à formação dos precedentes no Brasil, as diferenças vão desde o modo de deliberação das decisões pelas cortes até a maneira como são estabelecidos os precedentes ou produzidos os extratos ou síntese do julgamento. Em relação à aplicação do precedente, as diferenças passam pelo método do caso (*case*) e a elaboração de teses jurídicas.

No Brasil, fala-se que a obrigatoriedade de seguir precedentes leva a uma dimensão de eficácia das decisões assim consideradas. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello classificam a eficácia dos precedentes, conforme o grau crescente de sua obrigatoriedade, em persuasiva, normativa em sentido forte e normativa em sentido fraco⁹². Os precedentes com eficácia persuasiva não seriam propriamente obrigatórios porque não há instrumento processual que leve à sua aplicação determinada. Os precedentes ditos normativos estes sim são dotados de força obrigatória, uma vez que o sistema processual permite a modificação da decisão que o contrarie, em sentido forte quando admitida a cassação pela via da reclamação, em sentido fraco quando viabilizada a possibilidade de recurso fundado com base nessa contrariedade⁹³.

Essa dimensão de eficácia dos precedentes, embora tenha aplicabilidade prática, perde relevância se levada em consideração a responsabilidade política de cada juiz ou tribunal decidir de forma consistente com o direito, o que pressupõe, além da coerência, a exigência de integridade. Todavia, caso o precedente seja considerado de observância obrigatória, produzirá efeitos práticos importantes, com diversas repercussões processuais, dentre as quais a possibilidade de concessão de tutela de urgência, inclusive em sede recursal, de julgamento antecipado do mérito, de efeito suspensivo ao recurso e de anulação da decisão por não segui-lo sem o necessário estabelecimento da distinção, entre outros.

⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

⁹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

1.6 A CONFORMAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES NO BRASIL

Para que as alterações legislativas introduzidas pelo Código de Processo Civil 2015 no campo dos precedentes possam ser compreendidas como verdadeiras mudanças e um divisor de águas entre o passado e o futuro, é crucial que o novo seja visto efetivamente como novo e não como velho. Isso quer dizer que a prática jurídica, sob a vigência desse novo Código, precisa entender e se conformar ao paradigma pós-positivista e antirrelativista. Ao revés, a prevalecer o que antes se vinha fazendo, não haverá efetiva mudança, perdendo o Direito e a Democracia.

Com efeito, o princípio para que o novo surja como novo depende fundamentalmente do comportamento da prática judiciária, especialmente dos Tribunais Superiores. É claro que a doutrina desempenha um papel assertivo nesse contexto, porém o resultado efetivo das transformações esperadas depende tanto do cumprimento da nova legislação como do entendimento de que ela atualiza a compreensão que se deve ter do Direito, alçando-o a um patamar de legitimidade que densifica a força normativa da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é preciso entender a debilidade do modelo anterior, isto é, das velhas práticas que têm seu ponto de convergência na aceitação da discricionariedade judicial, geralmente levada a cabo por meio de uma fundamentação baseada na subunção e a colagem de ementas de decisões judiciais dos tribunais adaptadas com base em enunciados aos quais se confere uma carga significativa plenipotenciária para corroborar qualquer conclusão.

O modelo de construção jurisprudencial e de precedentes que vem sendo desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, coloca-se na esteira dessa velha tradição. Ao lado das súmulas, vinculantes ou não, o Tribunal vem desenvolvendo um modelo de precedentes baseado na aprovação de teses que constituiriam a síntese de um determinado julgamento. Essa é uma prática muito semelhante ao modelo de ementas e súmulas criadas como enunciados gerais e abstratos para a solução de casos semelhantes. Um verdadeiro sistema de precedentes, isto é, um sistema jurídico em que os precedentes, e não os verbetes de súmulas ou os resumos de ementas importam, é incompatível com essa prática, pois repetidora de um modelo há muito esgarçado, preocupado com soluções quantitativas e não qualitativas. Os precedentes devem ser compreendidos como verdadeiras lições acerca da melhor interpretação do Direito vigente, contribuindo para o desenvolvimento e a evolução das práticas jurídicas com o um todo.

Nessa perspectiva, é crucial reconhecer o vício de origem da pretensão de fundamentação atrelada à transcrição de ementas, como se fosse o precedente ou o retrato fiel

da jurisprudência; entender que teses jurídicas, extraídas de um precedente ou súmula, são enunciados vertidos em linguagem e, portanto, textos, que não esgotam o sentido do Direito, mas são o ponto de partida para se alcançar a resposta constitucionalmente correta; reconhecer que a vagueza da linguagem e que a incompletude da lei não podem ser entendidos como autorização para se dizer qualquer coisa acerca do Direito, pois “a existência de possibilidade de inúmeras interpretações sobre um mesmo texto, não é o mesmo que aceitar que todas elas são válidas e adequadas”⁹⁴; entender que a dimensão pragmática da linguagem⁹⁵ supera o problema semântico, pois lança o interprete à construção intersubjetiva dos sentidos, a qual passa pela reconstrução do direito a partir do seu desenvolvimento histórico, com base nos princípios constitucionais que marcam as fronteiras da legitimidade do monopólio da força, ou seja, que legitimam o exercício da jurisdição; enfim, compreender que os precedentes não são fórmulas ou conceitos abstratos que serão aplicados silogisticamente para a solução de outros casos, mas um capítulo da interpretação do Direito que deverá ser reconstruído argumentativamente à luz da integridade e da coerência, conforme será aprofundado mais adiante.

1.6.1 A proposta das Cortes Supremas e o precedente como a última palavra sobre o direito

Daniel Mitidiero, referindo-se ao disposto no art. 926 do Código de Processo Civil, propõe a distinção entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, conferindo funções diversas a cada uma. Para tanto, parte da premissa de que é equivocado pensar que à luz do texto legal, todos os tribunais que compõem o Poder Judiciário têm a mesma função diante da ordem jurídica⁹⁶.

Entendendo que é necessário reconstruir o sistema judiciário brasileiro, Daniel Mitidiero alude que às Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais)

⁹⁴ PINHEIRO, Guilherme César. A Integridade do Direito e os Enunciados Interpretativos do novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 297-325.

⁹⁵ “Não é o indivíduo, isoladamente, que detém o poder de se comunicar através da linguagem; este poder pertence ao grupo, a uma determinada comunidade linguística. O significado de um termo ou expressão existe de uma ou de outra forma enquanto reconhecido pela comunidade que o emprega. Neste reconhecimento influenciam diversos fatores, uma vez que ele é produto de um hábito cultural, de práticas sociais e das instituições vigentes. A linguagem funciona como instrumento da comunicação pública, intersubjetiva, e como tal deve ser compreendida”. KOZICHI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

cabe “exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência”, ao passo que às Cortes de Precedentes (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) cabe “outorgar uma *interpretação retrospectiva e dar unidade ao direito*”⁹⁷.

As razões para essa forma de organização seriam, de um lado, a economia processual viabilizada pela racionalização da atividade judiciária, limitando a atuação dos tribunais ao quanto necessário para a consecução dos fins a que se encontram vinculados, e de outro, a celeridade processual a fim de que se promova tempestivamente a tutela jurisdicional, corolário do princípio da razoável duração do processo.⁹⁸

Daniel Mitidiero⁹⁹ esclarece que essa proposta tem sustentação na doutrina que reconhece basicamente duas funções às cortes, quais sejam “resolver controvérsias” (prolatar decisões justas) e “enriquecer o estoque de normas jurídicas” (dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes). As Cortes de Precedentes, portanto, atuariam para chegar ao fim a “interpretação do direito”, sendo o caso concreto apenas o meio de partida. Em suas palavras:

As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. Devem atuar a fim de *guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil*.¹⁰⁰

Luiz Guilherme Marinoni concorda que os precedentes obrigatórios devem ser fixados pelas Cortes Supremas, também denominadas de Cortes de Vértice, as quais teriam a função de “atribuir sentido ao direito e contribuir para a sua evolução mediante decisões que não podem deixar de ter força obrigatória”¹⁰¹. Reconhece, porém, que o direito é interpretação e prática argumentativa, o que “coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir

⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75-76.

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76-77.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 14.

sentido ao direito (ou definir a interpretação adequada do texto legal)”¹⁰², por meio de uma argumentação racional.

A proposta de que as chamadas Cortes Supremas tenham o monopólio da interpretação judicial do direito é criticada por Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron, pois criaria “um modelo ultraestalista que se autolegitima e esvazia o papel da cidadania”¹⁰³. Além disso, depositaria confiança no mito de virtudes de cortes supremas¹⁰⁴, capaz de “orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação”¹⁰⁵.

À luz dessa crítica, vê-se que a proposta de divisão de funções dos Tribunais dentro do sistema jurídico, cabendo a um ou parte deles vocalizar qual é a melhor interpretação do direito, pode levar à ideia de que é possível uma última palavra em relação à interpretação jurídica, revelando uma perspectiva que parece admitir a cisão do processo de interpretação e aplicação do direito. Além disso, também merece atenção o problema de que o fundamento último despreza o caráter de dialogicidade de construção de sentidos, caro à democracia¹⁰⁶.

Ademais, os precedentes não devem ser vistos como um engessamento, mas como uma dinamicidade para se encontrar a solução adequada à questão jurídica dos casos a serem dirimidos, não podendo o juiz aceitá-los cegamente, antes submetê-los a teste de fundamentação racional¹⁰⁷.

Com efeito, o fato de os precedentes obrigatórios emanarem dos tribunais superiores não significa que as instâncias inferiores do Poder Judiciário estão alijadas de exercerem qualquer influência sobre a compreensão e densificação desses precedentes. Cabe às instâncias inferiores observar os precedentes obrigatórios, mas isso não se faz sem um esforço compreensivo e uma argumentação traduzida em razões que afirmem ou não a sua força gravitacional¹⁰⁸ na solução dos casos em que sejam invocados como paradigmas

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

¹⁰³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹⁰⁴ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

¹⁰⁶ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 51.

¹⁰⁸ “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade (*sic*) que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes,

decisórios. Ao assim operarem, essas instâncias estarão interpretando os precedentes e de alguma maneira se pronunciando sobre os limites da vinculação que exercem em cada caso julgado, tarefa que leva a uma constante atualização do sentido do precedente, portando, à sua própria conformação¹⁰⁹.

Portanto, o só fato de ter que decidir sobre se o precedente obrigatório é ou não aplicável a determinado caso em julgamento já aponta para a compreensão de que o precedente não é um dado, um conceito que vai ser encaixado nos casos submetidos às instâncias inferiores. Os fundamentos determinantes dos precedentes obrigatórios são estabelecidos pelas Cortes Supremas, mas, por outro lado, as instâncias inferiores terão que dizer quais são esses fundamentos e por que entendem que devem ou não influenciar a decisão de outros casos.

Somente no sentido de que são órgãos com autoridade para produzirem precedentes obrigatórios é que se pode entender o papel especial das ditas Cortes de Precedentes no plano geral do sistema jurídico brasileiro. Os entendimentos construídos nos precedentes obrigatórios, contudo, não são algo imóvel, absoluto ou uma essência passível de mera reprodução mecânica em casos semelhantes, mediante raciocínio silogístico.

Caso os precedentes obrigatórios sejam entendidos como meras ementas ou teses divulgadas pelos Tribunais, atenderão apenas ao objetivo de combater a litigiosidade em massa e, quando muito, atender expectativas parciais de previsibilidade e calculabilidade, o que é uma visão fragmentada do princípio da segurança jurídica¹¹⁰. Nesse cenário, o princípio da igualdade, expresso na fórmula *treat like cases alike*, perde densidade, pois, consoante será detalhado no segundo capítulo, o precedente obrigatório (no contexto dessa crítica, a tese ou ementa dele) somente será aplicado aos casos que se enquadrem na classificação dos recursos repetitivos selecionados como representativos da controvérsia (recurso-piloto)¹¹¹ ou que se encaixem no dispositivo da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

2010, p. 176. A força gravitacional do precedente amplia sua força para além dos novos casos que “se situam fora de sua órbita particular”, de modo que não é apenas a *ratio decidendi* que vincula os casos futuros, “mas os princípios que a embasaram”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207.

¹⁰⁹ Patrícia Perrone cita o exemplo das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Sua decisão gera um precedente, materializado através de um comando genérico, extraído da decisão por indução, tendo como base os fatos do caso, as questões de direito debatidas, a fundamentação e o que restou decidido. O teor e a amplitude desse comando genérico será definido, inicialmente, pelas instâncias inferiores. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense: 2015, item 3.3.4 (eletrônico).

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 156-160.

¹¹¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 4ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 522.

Em outras palavras, o precedente obrigatório só terá relevância para os casos com a mesma questão jurídica, não servindo de parâmetro de racionalidade decisória para situações próximas, mas que não atendem aquela classificação previamente estabelecida. Soma-se a isso, ainda, o risco do precedente ser aplicado a casos que não apresentam situação de semelhança capaz de atrair a sua força gravitacional, mas que o emprego da tese, ementa ou dispositivo da decisão, sem o devido e minucioso aprofundamento das discussões que formaram o precedente, acaba servindo como argumento de autoridade.

1.6.2 A proposta da Crítica Hermenêutica do Direito

A proposta da Crítica Hermenêutica do Direito reconhece a importância do papel dos tribunais, especialmente os tribunais superiores (STF e STJ), na formação dos precedentes. Todavia, nega que esses tribunais tenham papel exclusivo na interpretação do Direito, como se fosse possível fixar de antemão, por meio dos precedentes, mormente os considerados obrigatórios, um sentido único e definitivo para a solução de todos os casos em que se considera aplicável o precedente.

1.6.2.1 Superação da discricionariedade/decisionismo

A proposta da Crítica Hermenêutica do Direito mais se aproxima das transformações paradigmáticas que conduzem a uma prática judicial livre de voluntarismo e comprometida com a autonomia do Direito, adequada ao contexto contemporâneo do Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade do exercício do poder é questão central.

Em sua *Hermenêutica Jurídica em Crise*¹¹², Lenio Streck refere-se à crise de dupla face que acomete a dogmática jurídica no Brasil, reprodutora do chamado sentido comum teórico dos juristas. Por um lado, expôs o que significa a crise do modelo de Direito de cunho liberal-individualista, que oculta as condições de produção do sentido do Direito, abstraindo-o do elemento histórico-social. Por outro, revelou o que denomina de crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosófica da consciência, através da qual a operacionalidade do Direito (doutrina e jurisprudência) permanece fixa aos grilhões da dicotomia sujeito-objeto, onde a linguagem é condutora de essências, portanto, desconsiderando por completo a

¹¹² STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 17-22.

viragem linguística¹¹³ de cunho pragmatista-ontológico que institui a relação sujeito-sujeito¹¹⁴.

A crítica formulada por Maurício Ramires ao modo como a jurisprudência era aplicada no Brasil antes do Código de Processo Civil de 2015, anteriormente mencionada, muito bem retratada na imagem do que seria a mera reprodução de ementas como fundamentação, decorre diretamente desse perfil dogmático em relação à incorporação dos avanços filosóficos que contrastam com a filosofia metafísica, de perfil essencialista ou subjetivista.

Nesse cenário, as ementas carregavam essências que eram descobertas livremente pelo julgador, aplicadas por subsunção, sendo o método o álibi do processo argumentativo. A fundamentação assim estruturada, contudo, é deslegitimada pela garantia constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal, pois o caso, em sua inseparável relação fático-jurídica, é esquecido, e o Direito não é produzido, mas meramente reproduzido acriticamente como um dado previamente.

Com efeito, a abstração das condições histórico-sociais que estão na base da produção do Direito leva ao esquecimento da realidade e transforma a legislação (e também a jurisprudência) em mera reprodução de sentidos, os quais são produzidos a partir do discurso dominante, que através do método procura se mostrar transparente, mas que esconde as suas verdadeiras raízes liberal-individualistas de um modelo de Estado que deveria ter ficado nas páginas da história, mas que insiste em se perpetuar na prática cotidiana.

A Crítica Hermenêutica do Direito reconhece que a linguagem não é reprodutora, mas constitutiva de sentidos, o que confere à interpretação um caráter intersubjetivo, isto é, o sentido passa a ser construído coletivamente e levando em consideração o elemento histórico da tradição. Dito de outro modo, a linguagem não é mais “uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto”¹¹⁵, mas “horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido”¹¹⁶.

O positivismo e o método da subsunção que lhe é tributário não conseguiram lidar com o problema da vagueza da linguagem e a textura aberta da norma¹¹⁷, de modo que houve

¹¹³ Katya Kozicki refere-se a um *linguistic turn*, em que a linguagem é vista como representação dos fatos, e a um *pragmatic turn*, em que se analisa a relação da linguagem com seu usuário (KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26).

¹¹⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

¹¹⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

¹¹⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

¹¹⁷ KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade**

uma aposta na discricionariedade judicial. Ocorre que o problema do sentido plurívoco das palavras da lei não pode ser superado pela discricionariedade judicial, mormente considerando a demanda por legitimidade que configura a democracia contemporânea, de perfil deliberativo e que aspira a uma ideia de democracia radical¹¹⁸.

Dáí haver um definitivo rompimento com a possibilidade de a lacuna, a vagueza ou a dubiedade de sentido da lei (também da tese jurídica do precedente e das súmulas) ser preenchido pelo interprete com base em sua avaliação solipsista, passando os princípios constitucionais a adotar papel eminente na interpretação do ordenamento jurídico e na solução dos casos que são levados ao Poder Judiciário.

Os princípios constitucionais constituem filtros hermenêuticos do processo interpretativo. Não apenas as lacunas (a lei não é capaz de cobrir todas as possibilidades de aplicação), mas igualmente os espaços da lei decorrentes do problema semântico da linguagem devem ser preenchidos pelos princípios constitucionais, que adquiriram profunda carga deontológica no direito pós-bélico.

Assim, deve-se ter presente que os princípios não induzem à discricionariedade (agravando o problema semântico), mas devem ser aplicados hermeneuticamente, com base na busca do seu sentido construído historicamente dentro de uma comunidade de princípios. Nesse sentido, os princípios constitucionais são o fechamento do sistema jurídico e não a sua abertura¹¹⁹. Os conteúdos deontológicos dos princípios seriam construídos intersubjetivamente com base na moralidade política da comunidade, portanto, a partir da vivência, isto é, da faticidade, bloqueando a atribuição de sentidos de maneira solipsista pelo intérprete¹²⁰.

1.6.2.2 Superação do método: a diferenciação entre texto e norma

A compreensão não é produto do método ou um procedimento e não é um modo de

judicial. Curitiba: Juruá, 2014, p. 58.

¹¹⁸ “O pano de fundo inerente à análise da democracia radical - como o é em relação à democracia deliberativa - é o de repensar a democracia, notadamente a democracia liberal, visando à descoberta de caminhos que permitam a reformulação do ideal democrático, e a sua conseqüente viabilidade para as chamadas sociedades complexas deste final de século”. KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

¹¹⁹ Conforme Lenio Streck, os princípios constitucionais do Constitucionalismo Contemporâneo contêm uma carga de normatividade que viabiliza o “fechamento interpretativo”, impondo um dever de decidir de forma correta. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56-57.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

conhecer¹²¹. O compreender é uma característica do próprio homem que é revelada pela diferença ontológica. É por isso que não é possível separar compreensão, interpretação e aplicação.

Daí que a subsunção, que pressupõe interpretações em etapas, ou seja, através do método, é cega à diferença ontológica e, por isso, não promove diferenciação entre texto e norma. O texto jurídico, claro ou complexo, sempre deverá ser interpretado. No plano ontológico a compreensão sempre vem antes, pois quando interpretamos, já compreendemos.

Isso coloca a questão da diferenciação (e não separação) entre texto e norma. A lei ou qualquer outro enunciado com força normativa é sempre uma referência linguística que se desvela na linguagem, através da interpretação.

A teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, bem coloca essa questão da diferença entre texto e norma. É preciso considerar que a distinção proposta pelo autor vai ao encontro das suas preocupações com a correção do positivismo (daí falar em pós-positivismo), que ficou refratário às inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito. Nesse sentido, Georges Abboud explica que Friedrich Müller propõe os seguintes enfrentamentos:

(i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito”.¹²²

Para Friedrich Müller,

Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculando ao conceito e, assim vinculando à língua.¹²³

Com isso, os métodos interpretativos do positivismo são apenas um instrumento

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 283.

¹²² ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

¹²³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

revelador de essências ou de criação discricionária de sentidos pelo sujeito. Não é pelo método aplicado ao texto que a norma irá revelar-se. A norma é um sentido construído hermeneuticamente, ao passo que o método é a mecanização de uma atribuição de sentido.

O precedente, a súmula ou a tese jurídica são apenas textos que, interpretados, revelam a norma construída para a solução do caso ou casos subjacentes. Embora o caso seja melhor retratado a partir do precedente, a súmula e a tese também só podem ser compreendidas a partir do caso, nunca abstratamente. Como textos, os precedentes, as súmulas e as teses jurídicas deverão ser interpretados.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud criticam o modo como as súmulas vinculantes são operacionalizadas:

[...] na medida em que a súmula vinculante é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigiam exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). [...] a solução do caso ocorreria de maneira simplesmente mecânica, por meio da subsunção [...] não levando em conta a situação pessoal e a historicidade de cada caso.¹²⁴

Sendo assim, a proposta hermenêutica torna imperioso que a aplicação dos precedentes (e também da lei, súmulas e teses) suplante o método positivista e seja guiada pelo processo hermenêutico, com a necessária diferenciação entre texto e norma.

1.6.2.3 Interpretação como aplicação

Já se disse que a aplicação não se coaduna com o modelo ou técnica da subsunção. A hermenêutica não admite o chamado acoplamento de sentidos, como se houvesse essências as quais seriam justapostas ao caso e, então, ter-se-ia a revelação da solução jurídica controvertida.

Não é assim. O processo interpretativo hermenêutico não fraciona a interpretação. Não se descobre o sentido de um texto para depois aplicá-lo ao caso. Interpretação e aplicação acontecem juntas, pois as coisas mesmas só são descobertas pela via da linguagem e esta, como enfatizado, não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas a própria possibilidade do ato interpretativo.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62-63.

Para que a interpretação ocorra, o elemento hermenêutico é necessário, de modo que o sentido, a partir da pré-compreensão, vai ser alcançado levando em consideração a fusão de horizontes (do texto e do intérprete). É por isso que um caso é sempre o caso, não se repete. O direito é interpretativo porque é reconstruído em cada momento de aplicação (interpretação).

Nessa perspectiva, os precedentes (súmulas e teses jurídicas) nunca poderão ser enxergados como uma estratificação da conclusão sobre determinada questão jurídica que, sem seguida, vai ser aplicada ao novo caso por subsunção, como se essa adequação fosse possível. A interpretação do precedente é levada a efeito no momento de sua aplicação como paradigma para a solução do novo caso, compreendido em todas as suas especificidades. O precedente servirá como elemento histórico que expressa a forma como a tradição construiu os sentidos jurídicos que levaram ao desate do problema enfrentado no precedente, daí se extraindo a lição jurídica que vai influenciar a solução do novo problema enfrentado na decisão.

Assim, o horizonte do intérprete vai se juntar ao horizonte do texto e promover a reconstrução do sentido do texto a partir dos novos dados trazidos pelo caso a ser julgado, permitindo sempre a agregação de um elemento novo que estava encoberto no caso anterior e que pode levar a uma nova perspectiva interpretativa/aplicativa.

É por isso que interpretação e aplicação não se dividem. Não é verdade que primeiro se interpreta para depois se aplicar, assim como não se interpreta para depois compreender. Quando se interpreta/aplica já se compreende.

Os aportes teóricos da proposta hermenêutica para o sistema de precedentes permitem que as decisões judiciais dos tribunais em geral e as decisões vinculantes em particular se tornem fontes legítimas do direito, permitindo, por meio da integridade e coerência, a reconstrução institucional do direito em uma determinada comunidade de princípios, como será exposto no terceiro capítulo.

1.6.2.4 A integridade e a coerência na aplicação dos precedentes

O Código de Processo Civil de 2015 prescreve no art. 926 que os tribunais devem manter a sua jurisprudência íntegra e coerente. A doutrina diverge quanto ao sentido dos vocábulos “íntegra” e “coerente”. Fredie Didier Jr., por exemplo, nega a relação das referidas expressões legais com a teoria de Ronald Dworkin. Explica que, uma vez que consta da lei, está diante de um enunciado normativo e não doutrinário, de modo que a discussão deixa de

ser filosófica e passa a ser dogmática¹²⁵. A leitura dogmática desse autor, então, é a de que os termos integridade e coerência devem ser lidos como “consistência” da jurisprudência, o que não deixa de ser uma visão doutrinária de outros autores aos quais se refere expressamente – Peczenik e MacCormick¹²⁶.

A proposta hermenêutica compreende que integridade e coerência são expressões que remetem à compreensão dworkiana do direito como integridade, pilar de sustentação da tese da única resposta correta em direito, que não pode ser tomada em sentido literal da única resposta possível, significando propriamente uma “questão de postura ou atitude interpretativas, autorreflexiva, crítica, construtiva e fraterna”¹²⁷, amparada na concepção do direito como integridade, tema que será retomado e aprofundado no terceiro capítulo.

Com efeito, uma teoria crítica do direito, alicerçada em bases hermenêutica, tem na teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, um importante marco teórico contra a discricionariedade judicial. A teoria dworkiana decorre das preocupações do seu autor com a legitimidade do Direito, buscando a justificação do uso do poder coercitivo estatal, tendo relação direta com seu ataque à discricionariedade judicial admitida pelo positivismo hartiano, sintetizada na ideia da lei como uma textura aberta. Trata-se de uma perspectiva que “serve de suposto contrafático (corretivo) das vicissitudes dos diversos sistemas jurídicos”.¹²⁸

Hart admitia a discricionariedade judicial em sentido forte, pois concebia a indeterminação do sistema jurídico, o que gerava um espaço vazio de normatividade sem prévias restrições ou padrões de aplicação. Para Hart, os princípios não teriam força jurídica, pois sua autoridade e peso seriam intrinsecamente controversos, não permitindo prescrever um resultado em particular, de maneira que não poderiam ser erigidos como padrões ou critérios normativos de aplicação.

Ronald Dworkin, todavia, se opunha à discricionariedade em sentido forte aceita por Hart. Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron enfatizam que, para Dworkin, “o raciocínio jurídico é o exercício de interpretação construtiva, a de que nosso direito constitui a melhor

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 382-397.

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 382-397.

¹²⁷ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹²⁸ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

justificativa de nossas práticas jurídicas e a de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”¹²⁹. Sendo a prática do direito argumentativa, a teoria do direito como integridade diz que “legisladores e magistrados devem tornar as leis, as decisões e outros atos jurídicos um conjunto moralmente coerente, protegendo contra a parcialidade, as fraudes, as propostas conciliatórias e o favoritismo”¹³⁰.

O direito como integridade tem suporte num modelo que Ronald Dworkin chama de uma comunidade de princípios, no qual os direitos e os deveres dependem de um sistema de princípios que são pressupostos e corroborados pelas decisões (judiciais ou não), promovendo a integridade, “e se expressa pela coerência principiológica na lei e jurisprudência”¹³¹. Portanto, a comunidade de princípio é o fio condutor da autoridade moral do Direito, legitimando o monopólio de força coercitiva¹³².

O respeito à integridade nas deliberações judiciais impõe aos juízes que “tratam o sistema normativo como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, interpretando as normas que constituem esse sistema de modo a encontrar normas implícitas entre e sobre as normas explícitas”¹³³. É essa a tradução metafórica do romance em cadeia proposta por Ronald Dworkin, que nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, precisa pautar as decisões do Supremo Tribunal Federal para se alcançar o ideal de segurança jurídica:

Na Jurisdição Constitucional brasileira a segurança jurídica só poderá ser garantida na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidirem os casos como se estivessem construindo um *romance em cadeia*, fundamentados em princípios; princípios estes que, tais como os nomes dos personagens de um romance, não podem mais ser alterados; princípios que formam a estrutura constitucional da comunidade, que são motivadores do caminho a ser seguido [...] O romance a ser escrito deve guardar fidelidade ao enredo traçado, pois não se propõe um gênero livre, o romance requer uma estrutura a ser observada que deve se desenvolver pelo encadeamento dos capítulos.¹³⁴

¹²⁹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹³⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹³¹ STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

¹³² “A *integridade* também quer dizer: fazer da aplicação do direito um ‘jogo limpo’ (*fairness* – que também quer dizer: tratar a todos os casos equanimemente)”. STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

¹³³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea.**

Em Ronald Dworkin fica superada a questão sobre se os juízes aplicam ou criam o Direito. Como esclarecem Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron:

[...] em Dworkin as duas coisas ocorrem ao mesmo tempo em alguma medida –, devendo satisfazer às dimensões de adequação e de ajuste ao interpretarem o substrato normativo e decidirem os casos que lhes são postos com base em princípios explicitados por meio de argumentos que digam por que as partes realmente têm os direitos e os deveres reconhecidos quando do pronunciamento jurisdicional.¹³⁵

Lenio Streck explica que “haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”, e haverá “a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição”¹³⁶. Coerência e integridade são elementos da igualdade, o que significa que os diversos casos devem ser julgados com igual consideração. Analiticamente, Lenio Streck expõe que:

a) *coerência* liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve ter com os elementos normativos que o direito impõe ao seu desdobramento; e
b) *integridade* é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, numa perspectiva de ajuste de substância¹³⁷.

É importante notar que a dimensão de força projetada pela integridade e coerência vai muito além da ideia de que a nova decisão deve seguir o que foi decidido no precedente. Esse é apenas o primeiro passo, que traduz o recorte histórico-conceitual do texto que é o precedente. O passo seguinte, determinado pela integridade, permite levar em consideração a mudança de um entendimento judicial em caso semelhante sem ferir a igualdade, caso em que a coerência sede espaço para a integridade do direito e, portanto, à sua consistência com a moralidade política e as garantias de direitos asseguradas numa comunidade de princípios¹³⁸.

2011. 264 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

¹³⁵ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

¹³⁶ STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

¹³⁷ STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

¹³⁸ Cf. STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347; e NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017, p. 335-396.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza explica que “não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentaram”¹³⁹. Essa é uma condição intransponível para a concretização do princípio de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito nas decisões¹⁴⁰.

Desse modo, um modelo de aplicação de precedentes que respeite a integridade e a coerência estabelece anteparo à discricionariedade judicial, impedindo que haja violação da igualdade no julgamento de casos semelhantes com o estabelecimento de dois pesos e duas medidas. Isso é um claro interdito a arbitrariedades interpretativas, expungindo atitudes solipsistas ou voluntaristas, pois “exige do julgador que considere os elementos normativos que constituem o direito como limites à sua decisão”¹⁴¹.

1.7 OS PRECEDENTES E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Georges Abboud faz uma contundente crítica ao pensamento que acredita de forma simplista que as decisões com efeito vinculante seriam a solução para racionalizar a atividade jurisdicional. Em primeiro lugar, compara a aposta em decisões dos Tribunais com efeito vinculante à aposta na lei empreendida pela Revolução Francesa, com a diferença que, no passado, pensava-se que a lei poderia cobrir toda a realidade e solucionar todos os casos surgidos, e agora seriam as decisões dos Tribunais (STJ e STF) que trariam a solução pronta para resolver uma miríade de casos.¹⁴² Em segundo lugar, chama a atenção para os problemas que o exemplo histórico produziu e que poderia se repetir:

O que outrora era creditado à lei, agora a crença depositada nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um *juiz-boca-fria-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juizes incorre em equívocos hermenêuticos e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.¹⁴³

¹³⁹ BARBOZA, E.M. de Q.. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

¹⁴⁰ BARBOZA, E.M. de Q.. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

¹⁴¹ STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

¹⁴² ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

¹⁴³ ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

Claudia Maria Barbosa já havia detectado este problema ao tempo em que se cogitava, no Congresso Nacional, de se criar as chamadas Súmulas Vinculantes:

O Brasil, de tradição romano-germânica, cujo sistema é baseado em leis, estaria por esta proposta alterando o perfil do juiz, atribuindo-lhe funções de construtor do direito; ao mesmo tempo enfraqueceria a lei, porque as decisões poderiam ser embasadas em precedentes vinculativos já estabelecidos em decisões pretéritas. No limite, o sistema brasileiro, sustentado na lei, poderia dela prescindir, para basear-se em decisões judiciais.¹⁴⁴

É por isso que o conceito de norma do pós-positivismo precisa ser devidamente compreendido, sendo essa a chave para dar à lei e às decisões o seu real poder e alcance¹⁴⁵. Como ficou esclarecido, a norma não existe isoladamente ou em abstrato, mas depende do caso individual, do problema surgido, para ser produzida. Assim, ela nunca é *ante casum*, mas compreendida quando contraposta ao caso que ela pretende resolver a partir da perspectiva do intérprete¹⁴⁶.

A crítica é pertinente porque o modelo de precedentes baseado na edição de teses jurídicas não significa que os tribunais passaram a escrever o Direito para os casos futuros. Essa ideia, além de desconsiderar por completo os avanços paradigmáticos anteriormente tratados, conduz ao problema da legitimidade democrática desse Direito.

A discussão ganha maior relevo diante de um modelo de precedentes que se originam desde logo vinculantes ou obrigatórios. Se a tese jurídica do precedente tomar a forma de um enunciado geral e abstrato em tudo semelhante à lei, então estará rompido o modelo legicêntrico que é sustentáculo do nosso sistema jurídico, irrompendo-se um sistema que é ditado exclusivamente pelo Poder Judiciário.

O reconhecimento do papel criativo do intérprete na construção da norma jurídica não tem a ver com a transformação do julgador em legislador. A criatividade é apenas a abertura hermenêutica do processo interpretativo e não pretensão de refundação da fonte de legitimidade da ordem jurídica. O princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, continua a ser a linha mestra do nosso sistema jurídico, de modo que a lei (e a Constituição) jamais perdeu o

¹⁴⁴ BARBOSA, Claudia Maria. **Os Novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, p. 204.

¹⁴⁵ ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

¹⁴⁶ ABOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

seu grau de importância.

A ideia de um direito criado judicialmente precisa ser vista com o devido cuidado, para que não se confunda os papéis do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Mesmo no *common law*, onde se diz que o juiz faz a lei (*judge-made-law*), o Parlamento tem poder de editar leis (*statutes*), as quais derogam os postulados do *common law* com ela incompatíveis. O sistema, todavia, não funciona a partir da oposição entre *common law* e *statutes*, mas em razão do equilíbrio criado pelo processo evolutivo daquela tradição, que bem delinea as funções e importância de um e de outro¹⁴⁷.

No sistema jurídico brasileiro, o direito tem origem no Poder Legislativo. A jurisprudência (e também os precedentes e as súmulas) assume a posição de fonte normativa somente enquanto traduz a experiência e a prática do direito legislado¹⁴⁸, não podendo se opor a este, muito menos à Constituição. Por isso é que não se pode falar que o modelo de precedentes brasileiro instituiu o *judge-made-law*, pois o direito brasileiro continua fiel à lei como expressão inicial de sua origem. Assim, somente em uma perspectiva é possível falar que a jurisprudência é fonte primária do direito, isto é, desde que compreendida como a tradução dos sentidos que é dado à lei no processo interpretativo/aplicativo.

O parâmetro de validade da lei é a Constituição e não a jurisprudência. Seria uma contradição em termos falar que a lei é contrária à jurisprudência, pois esta somente se revela como tal enquanto consistente e harmônica com a lei e com a Constituição. A recusa à aplicação da lei somente é possível nas hipóteses em que seja considerada inconstitucional, não recepcionada ou revogada. Fora desses casos, a negativa de vigência à lei configura oposição à função legislativa.

Diante disso, o sistema de precedentes concebido pelo Código de Processo Civil de 2015 somente se considera legítimo à luz das exigências de integridade e coerência. Esses são os elementos por meio dos quais o Poder Judiciário e, conforme o objeto da pesquisa, o Supremo Tribunal Federal legitima o caráter obrigatório de suas decisões, tornando a interpretação que faz da Constituição um parâmetro, ou uma parte do romance em cadeia (fundamento que será retomado no terceiro capítulo), que deverá orientar o próprio Tribunal e as instâncias inferiores na solução de outros casos em que os mesmos princípios e regras Constitucionais emergirem como fundamento para a sua solução.

¹⁴⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38.

¹⁴⁸ “Na tradição do *civil law*, apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta a sua relação com a lei”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36.

Os fundamentos pelos quais essa legitimidade é crucial serão explorados no terceiro capítulo. Por ora cabe explicitar que essa exigência de legitimidade por meio da integridade e da coerência é mais próxima da proposta que a Crítica Hermenêutica do Direito formula para o sistema de precedentes brasileiro, pois os precedentes, nessa visão, não são conceitos sem coisas ou sentidos congelados a serem subsumidos aos casos semelhantes. Os precedentes são, isto sim, a melhor interpretação que o tribunal e, nos limites da pesquisa, o Supremo Tribunal Federal dá aos comandos constitucionais e que constituem a reconstrução da história institucional do direito firmado em bases democráticas e apresentam-se como mais um capítulo dessa história institucional.

Mas cumprir essa exigência, ou seja, decidir com integridade e coerência também requer, ao lado de aportes teóricos compatíveis com a complexidade da sociedade atual, marcada pelo pluralismo, e com as bases da democracia contemporânea, a atualização das práticas jurídicas do Supremo Tribunal Federal, compatibilizando-as às demandas contemporâneas por maior legitimidade deste Tribunal protagonista, mas que se recente do voto popular. Sabe-se que a legitimidade do Poder Judiciário não é justificada pelo voto, mas tem base em outros fundamentos, sendo um dos elementos para isso o processo deliberativo que envolve a tomada de decisão, bem como a racionalidade argumentativa desenvolvida em sua construção, ambos se influenciando reciprocamente.

No segundo capítulo será abordado o procedimento deliberativo de formação dos precedentes obrigatórios do Supremo Tribunal Federal, bem como analisado um caso específico decidido pelo Tribunal. No terceiro capítulo será retomado e aprofundado o tema da legitimidade dos precedentes obrigatórios no contexto do Estado Democrático de Direito.

2 PROCEDIMENTO DE DECISÃO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No primeiro capítulo abordou-se o sistema de precedentes instituído por via legislativa no Brasil. Demonstrou-se que não é da nossa tradição operar com precedentes, como é a lógica na tradição *common law*, havendo muitas diferenças e particularidades que caracterizam o sistema jurídico pátrio como um todo e o sistema de precedentes, em particular. Apesar das aproximações entre essas duas tradições do direito – *civil law* e *commons law* -, não é possível simplesmente adotar os institutos do direito inglês ou norte-americano como se isso fosse suficiente para conformar o modo como se lida com os precedentes no Brasil. O desenvolvimento dessa ferramenta institucional deve encaminhar-se com atenção a nossa própria realidade, conferindo a devida consideração para os pilares estruturais do ordenamento jurídico pátrio.

Dentre os fatores que contribuem para a funcionalidade e legitimidade de um sistema de precedentes, destaca-se o procedimento decisório e de formação dos precedentes. Sem prejuízo dos demais fatores envolvidos, como, por exemplo, a subjetividade, a ideologia e o modelo de racionalidade jurídica¹⁴⁹ utilizado para fundamentar as decisões, a maneira como o tribunal (nos limites da pesquisa, o Supremo Tribunal Federal) delibera e publiciza seus precedentes é sem dúvida um dos aspectos mais relevantes para a compreensão da decisão que se tornará paradigma a ser aplicado a outros casos semelhantes, bem como para a verificação do padrão de legitimidade que é exigido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

Neste capítulo será exposto o procedimento de decisão e formação de precedentes obrigatórios no Supremo Tribunal Federal, descrevendo-se como a Corte delibera. Além disso, serão apontados os diferentes modelos de deliberação reconhecidos pela doutrina com base na experiência nacional e estrangeira, bem como analisado quais estariam mais próximos da prática do Tribunal. Por fim, será analisado um caso específico julgado pelo Supremo Tribunal Federal com vistas a subsidiar a crítica que será feita ao procedimento de deliberação atualmente adotado, tendo em vista a demanda por legitimidade na atuação da Corte por meio da integridade e coerência, a ser aprofundada no próximo capítulo. Antes,

¹⁴⁹ Os modelos de racionalidade jurídica “consistem em conjunto de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais”. RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2933 (eletrônico - Kindle).

porém, serão detalhados os tipos de precedentes obrigatórios existentes na instância máxima do Poder Judiciário brasileiro.

2.1 OS PRECEDENTES ORIUNDOS DAS DECISÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Diversos são os precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal que deverão ser observados pelos juízes e tribunais, dentre eles as decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade é um mecanismo de correção da quebra de harmonia do sistema jurídico, e consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição, com vista a restaurar ameaça à unidade do sistema¹⁵⁰.

Há dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil – o difuso e o concentrado. O modelo difuso é o mais antigo, introduzido com a primeira Constituição da República de 1891¹⁵¹. O modelo concentrado teve seu embrião com a Constituição de 1934, por meio da chamada “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, ou simplesmente “representação interventiva”¹⁵².

O controle concentrado de constitucionalidade se aperfeiçoa e assume a conformação atual a partir da Constituição de 1988, quando foi criada pela primeira vez a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal¹⁵³. Além desta, foi prevista a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁵⁴ e, com a Emenda Constitucional n. 3 de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹⁵⁵.

A Lei 9.868 de 1999 regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, inclusive por omissão, e da ação declaratório de constitucionalidade. A Lei 9.882 de 1999, por sua vez, dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

¹⁵¹ Gilmar Ferreira Mendes lembra que a Constituição provisória de 1890 já previa o modelo difuso de controle de constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1132.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1135.

¹⁵³ Art. 102, I, *a*, da Constituição Federal.

¹⁵⁴ Art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁵⁵ Art. 102, I, *a*, da Constituição Federal.

As decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta¹⁵⁶. O quórum para julgamento dessas ações é de dois terços dos membros do tribunal (oito ministros), e a proclamação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato questionado requer a manifestação da maioria absoluta dos membros do tribunal (seis ministros) num ou noutro sentido¹⁵⁷.

A eficácia *erga omnes* da decisão refere-se à parte dispositiva do julgado¹⁵⁸, que se impõe em relação às partes e terceiros não participantes da relação processual. O efeito vinculante da decisão significa que os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta, ficam submetidos à decisão¹⁵⁹.

Questão importante de ser lembrada diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante. O Supremo Tribunal Federal ainda não deu uma resposta clara e definitiva sobre o assunto. Na doutrina o tema é polêmico, havendo diversas correntes que vão desde o reconhecimento de que apenas o dispositivo da decisão vincula até a defesa da posição que não apenas este, mas também os fundamentos determinantes da decisão e também as opiniões ou pareceres (*obiter dicta*) vinculam. Conforme exposto no capítulo anterior, os fundamentos determinantes da decisão constituem o que a doutrina processual denomina de *ratio decidendi*, ao passo que os argumentos ditos de passagem, isto é, tudo que não é considerado *ratio decidendi* enquadra-se no conceito de *obiter dictum*.

Gilmar Ferreira Mendes, referindo-se ao entendimento do Tribunal Constitucional alemão, que entende adequado ao caso brasileiro, defende a tese de que o efeito vinculante se estende aos fundamentos determinantes da decisão ou norma abstrata que dela se extrai. Em suas palavras:

“É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da *coisa julgada* e da *força de lei*. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Art. 102, § 2º, da Constituição Federal; art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99; art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99.

¹⁵⁷ Art. 22 e 23 da Lei 9.868/99 e art. 8º da Lei 9.882/99.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1431.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1440.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1442.

Lenio Streck compreende que o efeito vinculante deve englobar a decisão como um todo, isto é, a parte dispositiva, os fundamentos determinantes e, ainda, as opiniões (*obiter dicta*). Para este autor é inconcebível, do ponto de vista filosófico, que a parte dispositiva abarque a complexidade da discussão. Se o efeito vinculante é estabelecido para direcionar a atuação dos órgãos judiciais e administrativos, é crucial que se faça a especificação das semelhanças e diferenças dos casos passíveis de serem vinculados, de modo que a transcendência dos efeitos da decisão deve ser entendida interpretativa e hermenêuticamente¹⁶¹.

O Código de Processo Civil de 2015 parece encerrar esta discussão sobre os limites objetivos do efeito vinculante e a transcendência ou não dos fundamentos determinantes da decisão de mérito proferida no julgamento definitivo das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Ao estabelecer que juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, o Código impõe a obrigatoriedade de que a decisão sirva de parâmetro objetivo na construção argumentativa da solução dos casos semelhantes, o que só é possível de ser cumprido entendendo-se a decisão paradigma como um verdadeiro precedente, cuja reconstrução passa pela análise minuciosa das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas no julgamento.

Como será abordado mais adiante neste capítulo, o Supremo Tribunal Federal tem adotado em seu procedimento decisório a prática de, ao final do julgamento, seja do recurso extraordinário, seja das ações diretas do controle de constitucionalidade, aprovar um texto que sintetizaria a opinião do Tribunal sobre determinada questão jurídica controversa, chamado de tese de repercussão geral, no caso do julgamento dos recursos extraordinário, ou simplesmente de tese, no caso das ações diretas do controle de constitucionalidade.

A tese aprovada tem o mesmo formato de enunciado sumular e cumpre o objetivo de ser replicada aos casos em que se discuta questão idêntica. Mas a tese não é o precedente e nem mesmo a *ratio decidendi*, senão a declaração ou síntese sobre a solução que o Tribunal dá a determinada controvérsia jurídica específica, como, por exemplo, dizer que determinado preceito legal ou que determinada interpretação judicial é constitucional ou inconstitucional.

A prevalecer a ideia de que a tese é a *ratio decidendi* ou mesmo a de que a força obrigatória da decisão resume-se à replicação da tese aprovada aos casos com a mesma discussão jurídica que embasou a enunciação da tese, desfaz-se a possibilidade de

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 734-736.

compreender os motivos determinantes da decisão como parâmetro interpretativo obrigatório e a própria noção de precedente estará comprometida.

2.2 OS PRECEDENTES ORIUNDOS DOS ACÓRDÃOS DE JULGAMENTOS DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS

Os acórdãos de julgamentos de recursos extraordinário repetitivos também passaram a ser considerados precedentes obrigatórios pelo Código de Processo Civil de 2015. O que caracteriza esta modalidade de recurso extraordinário, como o próprio nome indica, é a repetição, isto é, a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o que vai gerar um procedimento diferenciado de tramitação e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal¹⁶².

As principais especificidades do processamento e julgamento desses recursos são as seguintes: seleção, pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, de dois ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal para afetação; suspensão do trâmite de todos os processos pendentes; os recursos devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida; possibilidade de manifestação de *amici curiae*; possibilidade de realização de audiência pública; preferência de julgamento, exceto em relação a processos de réu preso e *habeas corpus*; o acórdão deverá abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida; a tese firmada será aplicada aos demais recursos versando sobre a mesma controvérsia¹⁶³.

É interessante notar a forma como o Código de Processo Civil de 2015 determina que se faça a aplicação do acórdão do julgamento aos demais recursos ou demandas versando idêntica controvérsia. Ao fazê-lo, refere-se sempre à tese firmada ou orientação do tribunal superior, no caso, o Supremo Tribunal Federal. O Código de Processo Civil revogado utilizava-se da expressão “orientação firmada” pelo tribunal¹⁶⁴.

O Supremo Tribunal Federal, a partir da criação do instituto da repercussão geral, passou a trabalhar, no julgamento dos recursos extraordinários, repetitivos ou não, com a definição de teses jurídicas, construídas no momento em que o recurso é submetido ao exame da existência de repercussão geral, chamadas de “teses de repercussão geral”. Com isso o

¹⁶² Art. 1.036 do Código de Processo Civil.

¹⁶³ Art. 1.040 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁴ Art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, incluído pela Lei 11.418/06.

Tribunal passou a publicar duas listas de teses, aquelas com repercussão geral reconhecida e aquelas sem repercussão geral reconhecida. Esse procedimento de organização dos julgamentos foi adotado irrestritamente pela Corte desde então, passando a incorporar o julgamento definitivo do recurso extraordinário.

Assim, a tese jurídica cuja repercussão geral é reconhecida passa a ser objeto de discussão e deliberação pelos ministros no momento do julgamento do recurso. Não há uma regra estabelecendo o modo como deve operar-se o debate e deliberação sobre a tese jurídica fruto do reconhecimento da repercussão geral, todavia é comum que ela seja redigida pelo relator (originário ou designado) e submetida à aprovação ao final do julgamento, sem prejuízo a que os demais ministros sugiram ou proponham modificações em sua redação.

A tese jurídica firmada no julgamento do recurso extraordinário é redigida na forma de um enunciado, semelhantemente ao texto de um verbete sumular. Esse enunciado, no caso de recurso extraordinário repetitivo, passa então a ser aplicado aos demais recursos pendentes e ações suspensas, servindo ainda, em todos os casos com repercussão geral reconhecida, para obstar a subida de novos recursos¹⁶⁵.

No momento em que está dissertação é escrita, o Supremo Tribunal Federal divulga um total de 994 teses de repercussão geral examinadas, das quais 675 tiveram repercussão geral reconhecida e 319 tiveram a repercussão geral negada. Apenas 365 teses de repercussão geral reconhecida foram decididas até agora¹⁶⁶.

2.3 PRECEDENTE E TESE DE REPERCUSSÃO GERAL

Os precedentes obrigatórios provenientes de julgamentos de recursos extraordinário repetitivos consolidam-se na aprovação, ao final do julgamento, de uma tese jurídica, chamada de tese de repercussão geral. A tese jurídica é redigida pelo relator, originário ou designado¹⁶⁷, para a redação do acórdão e submetida à aprovação dos demais ministros, que podem sugerir mudança em seu texto. O enunciado da tese aprovada é inserido na ementa do acórdão do julgamento que depois é publicada no Diário da Justiça, passando a constar ainda de uma lista divulgada na página eletrônica do Tribunal na internet, na qual são relacionadas

¹⁶⁵ Art. 1.030, I, *a*, do Código de Processo Civil.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>>. Acesso em: 25.6.2018.

¹⁶⁷ Quando o relator originário é voto vencido.

as respectivas teses de repercussão geral segundo uma ordem numérica de temas¹⁶⁸. A título de exemplificação, o tema n. 001 da citada lista corresponde ao acórdão proferido no RE 559937, chamado de paradigma, cuja tese de repercussão geral é a seguinte: “É inconstitucional a parte do art. 7º, I, da Lei 10.865/2004 que acresce à base de cálculo da denominada PIS/CONFINS-Importação o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições”¹⁶⁹. Em seguida consta a data em que a tese de repercussão geral foi aprovada, 21.03.2013.

Em conformidade com a prática judiciária dominante até o momento, a tese de repercussão geral aprovada passa a ser aplicada aos casos reputados iguais¹⁷⁰ e também a ser parâmetro de interpretação para a solução de casos semelhantes. Os efeitos processuais gerados pela tese de repercussão geral aprovada pelo Supremo Tribunal Federal são muitos, dentre os quais aqueles indicados no art. 1.040 do Código de Processo Civil¹⁷¹.

Para que a tese de repercussão geral não seja aplicada pelo próprio Tribunal e pelas demais instâncias do Poder Judiciário é preciso explicitar a distinção ou *distinguishing*. Nesse momento, deverá ser demonstrado que a tese não pode ser aplicada ao caso a ser julgado. Mas como é que isso será feito? Em um sentido geral os processualistas apontam que é preciso indicar que o caso em julgamento é diferente daquele que deu origem ao surgimento da tese de repercussão geral ou que o problema jurídico do caso é diverso do precedente paradigma.

Esse modo de operacionalidade faz com que o precedente obrigatório do Tribunal seja transformado em uma tese jurídica, chamada de “tese de repercussão geral”, que nada mais é que um enunciado que sintetiza um determinado entendimento da Corte sobre uma questão constitucional. Diferentemente do sistema *common law*, a prática arraigada no Brasil

¹⁶⁸ No momento em que o Tribunal recebe o recurso extraordinário para exame do requisito da repercussão geral, a matéria delimitada como sendo objeto do recurso é classificada numa ordem de tema, o qual corresponde à tese da repercussão geral que será analisada. Reconhecida a repercussão geral e definida a tese correspondente, o enunciado da tese aprovada passa a constar da referida lista. Caso a repercussão geral não seja reconhecida, a tese correspondente passa a constar de outra lista onde são relacionadas as teses sem repercussão geral.

¹⁶⁹ **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

¹⁷⁰ Faz-se a distinção entre casos iguais e casos semelhantes sem levar em consideração um rigorismo com os elementos da demanda. Iguais são os casos que apresentam a mesma discussão da tese de repercussão geral, ao passo que semelhantes seriam as causas com nuances próprias mas que mereceriam o mesmo tratamento jurídico dado no julgamento do caso que deu origem à tese da repercussão geral.

¹⁷¹ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

transforma o precedente num enunciado, o qual passa a se distanciar das particularidades fáticas e jurídicas do caso julgado. Como adverte Taís Schilling Ferraz, referindo-se às súmulas vinculantes e à *ratio decidendi*:

É que tanto em um caso como em outro a proposição de direito que se extrai da *ratio* ou do verbete da súmula está destinada à abstração, para reger casos múltiplos, o que exige que se conheça, de forma bastante determinada, os lindes da motivação adotada pelo STF. Nas súmulas vinculantes, esta abstração tende a ser ainda maior, pois sequer há, no Direito brasileiro, o costume de se buscar, nos precedentes da súmula, os seus pressupostos e, portanto, os limites para a sua aplicação, circunstância que requer urgente atenção.¹⁷²

Nesse sentido, não se pode dizer sequer que a tese jurídica é a *ratio decidendi* ou *holding* do precedente, pois a tese de repercussão geral não pressupõe a problematização do caso e suas especificidades. Tanto é assim que a praxe no Tribunal no julgamento definitivo do mérito do recurso extraordinário é primeiro definir a tese jurídica a ser aplicada e só depois examinar o mérito da causa em conformidade com a tese firmada. Isso permite afirmar que a definição da tese jurídica ocorre de forma aproximada ao julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, no qual a tônica é o exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade em tese da lei ou ato normativo, ou seja, analisa-se com ponto central o tema constitucional representado pela tese de repercussão geral classificada pelo tribunal.

A ideia de tratar a tese de repercussão geral como sendo o precedente, portanto, cria sérias dificuldades para a operacionalização do sistema de precedentes e ainda para a aferição da legitimidade da decisão segundo as exigências da integridade e coerência. Uma vez que a tese é construída a partir de uma dúvida interpretativa acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma interpretação dada pela instância judiciária anterior, e não com base num problema jurídico bem definido à luz do caso, a *ratio decidendi* passa a ser identificada com a tese de repercussão geral, a qual é abstraída das particularidades fáticas do caso concreto objeto do julgamento e se distancia da argumentação jurídica desenvolvida por cada Ministro em seus votos.

A aplicação da tese a outros casos, por conseguinte, passa a ser feita através de um raciocínio silogístico, isto é, por subsunção, funcionando a tese como se fosse texto de lei, tal como as súmulas vinculantes. Assim, os casos contendo a mesma questão jurídica versada na tese seriam resolvidos com a “simples aplicação da tese”. Dessa forma fica prejudicada a delimitação dos pontos de aproximação entre o caso que gerou a tese e aquele ao qual a tese

¹⁷² FERRAZ, Taís Schilling. **O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208.

será aplicada. A similitude fica circunscrita ao problema jurídico nele destacado. Assim, concluído-se que o novo caso apresenta uma questão jurídica igual àquela pressuposta na tese de repercussão geral, tem-se a incidência da tese para a sua solução mediante a técnica da subsunção.

Por meio da técnica do *distinguishing* é possível apontar a dessemelhança da questão jurídica em julgamento com a questão jurídica que deu origem à tese de repercussão geral. Todavia, para se afirmar a questão jurídica é preciso antes identificá-la, o que exige a indicação dos fatos e fundamentos relevantes para a decisão. Mas como fazê-lo com correção se o procedimento de deliberação não permite conhecer quais são os elementos de fato e de direito determinantes do precedente obrigatório?

Nesse sentido, o modelo de precedente obrigatório baseado em tese e não propriamente na ideia do precedente tal como definido no primeiro capítulo é extremamente limitado, cumprindo um papel exclusivamente quantitativo, ou seja, de julgamentos em massa de casos contendo a mesma controvérsia jurídica explicitada na tese de repercussão geral. Perde-se a própria noção de precedente e, com isso, a capacidade de solução de casos semelhantes por meio do reconhecimento de um verdadeiro sistema de precedentes, o que é obstáculo à realização da integridade e da coerência.

Num tal modelo o princípio da igualdade aplicado à jurisdição, que compele a tratar com iguais razões ou fundamentos jurídicos os casos semelhantes, concretiza-se apenas parcialmente, pois somente os casos considerados iguais, isto é, nos quais presente a mesma questão jurídica tratada na tese, seriam solucionados por ela, e mesmo assim com todas as limitações impostas pelo raciocínio silogístico.

Dessa forma, o desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro precisa escapar dessas armadilhas que parecem facilitadoras da racionalidade e da operacionalidade do sistema judiciário, mas que impõem profundos limites à realização da integridade e da coerência, que são condições de legitimidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme será explorado no capítulo seguinte.

2.4 PRECEDENTE E MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES NAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

As decisões em controle abstrato de constitucionalidade consideradas precedentes obrigatórios são aquelas referentes ao julgamento definitivo do mérito da respectiva ação

típica do controle concentrado de constitucionalidade¹⁷³. Ao final do julgamento, o pedido deduzido na ação é julgado procedente ou improcedente. Conforme a natureza da ação direta, o pedido julgado procedente poderá importar na declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, o mesmo valendo para o pedido julgado improcedente. O que determina um ou outro resultado é natureza do pedido formulado na ação. Assim, se o pedido é para declarar a inconstitucionalidade, a procedência importa exatamente nessa declaração e a improcedência no resultado contrário; já se o pedido é para declarar a constitucionalidade, a procedência leva ao acolhimento dessa declaração e a improcedência ao resultado oposto.

Mas os juízos de procedência ou improcedência podem ser acompanhados de outros pronunciamentos. Além da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade também é possível haver a utilização das seguintes técnicas de decisão: declaração conforme a Constituição; declaração de nulidade sem redução de texto; e declaração de nulidade com redução de texto.

Seja qual for o resultado do julgamento, a decisão de mérito consubstanciará um precedente obrigatório. Neste caso o Supremo Tribunal Federal também pode pronunciar uma tese, além de julgar o mérito do pedido formulado. A força obrigatória do precedente, nessa hipótese, está no dispositivo da decisão, na fundamentação ou na tese?

Consoante anteriormente afirmado, o precedente obrigatório proveniente do julgamento do mérito das ações do controle concentrado de constitucionalidade não se resume ao dispositivo da decisão, pois ali não estão contidos os fatos e a questão jurídica que levaram ao pronunciamento final. O precedente nessa hipótese aproxima-se mais do modelo de precedentes do *common law*, pois deverá ser compreendido a partir da decisão como um todo, isto é, levando-se em consideração o dispositivo da decisão, mas também a fundamentação e inclusive o relatório.¹⁷⁴

Assim, a *ratio decidendi* do precedente obrigatório formado em ação do controle concentrado de constitucionalidade deverá ser apreendida a partir da análise de todos os elementos da decisão, ou seja, do fato ou conjunto de fatos relevantes e dos fundamentos ou questão jurídica que levou ao pronunciamento da Corte.

Nesse viés, nota-se que a decisão paradigma para a solução de outro caso não trará previamente estabelecido de modo explícito o precedente, o qual somente será identificado a

¹⁷³ Foje aos limites da pesquisa investigar se as decisões monocráticas, liminares ou não, também constituem precedentes obrigatórios.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

partir de um esforço hermenêutico para a compreensão da decisão à luz dos fatos e questões jurídicas relevantes para a solução adjudicada pelo Tribunal na decisão paradigma. Gilmar Ferreira Mendes afirma que o precedente, na ação declaratória de constitucionalidade, deve ser extraído do conjunto dos elementos da decisão, mormente dos fundamentos determinantes para o julgamento definitivo.

Ocorre que, embora em um grau menor que o anterior (precedente obrigatório oriundo de acórdão de julgamento de recurso extraordinário repetitivo), também neste caso o problema da legitimidade do precedente, sob o ponto de vista da integridade e coerência, continua existindo, pois o modelo de deliberação atual da Corte dificulta a extração dos fundamentos que permitam aferir a integridade e coerência do precedente, conforme será visto mais a frente.

2.5 CONTROLE SOCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DESENHO INSTITUCIONAL

José Rodrigo Rodriguez alude ao controle social das decisões judiciais do ponto de vista de “criar procedimentos e parâmetros para a atividade jurisdicional que, como qualquer outra função atribuída a um estado de direito, não pode ser exercida arbitrariamente”¹⁷⁵. Nesse sentido, o controle pode ser pensado sob a perspectiva do desenho institucional e dos parâmetros da atividade jurisdicional.

O *desenho institucional* diz respeito à arquitetura do Poder Judiciário, isto é, à forma como se organiza enquanto instituição e a disciplina processual dos procedimentos decisórios.

O controle social, sob esse aspecto, é exercido mediante os denominados *constrangimentos institucionais*. Concernente aos parâmetros da atividade jurisdicional, o autor refere-se aos *modelos de racionalidade judicial*, que incidem sobre o padrão de racionalidade e de justificação das decisões jurisdicionais e que se referem à imposição de determinados ônus argumentativos ao intérprete¹⁷⁶.

Interessa diretamente a esta pesquisa a abordagem acerca do desenho institucional e dos possíveis constrangimentos institucionais e, secundariamente, a abordagem referente ao padrão de racionalidade e de justificação. No primeiro caso, a preocupação não é com a maneira como se justifica a decisão, mas com o efeito que o desenho institucional, mais

¹⁷⁵ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2739 (eletrônico - Kindle).

¹⁷⁶ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2757 (eletrônico - Kindle).

precisamente o procedimento de deliberação do tribunal, acarreta sobre os julgamentos realizados, com enfoque nos precedentes obrigatórios. No segundo caso, o que interessa mais diretamente são as condições necessárias para o alcance da integridade e coerência. Em ambas as perspectivas estão a preocupação da pesquisa com a questão da legitimidade dos precedentes obrigatórios oriundos do Supremo Tribunal Federal.

A organização do Poder Judiciário nos Estados orientados pelo Direito e pelos ideais de democracia é acompanhada de um conjunto de justificativas para a adoção de um determinado desenho institucional que se avalie mais próximos de realizar os objetivos e valores entendidos como prioritários. As escolhas não se dão no vazio, mas decorrem da interação dos diversos agentes sociais como um todo (indivíduos, grupos, movimentos sociais, partidos políticos etc.). A construção de modelos abstratos pode prescindir desses agentes para a construção de justificativas que pareçam adequadas. Nessa situação, todavia, a construção estará separada das situações de escolha real e não refletirá as condições particulares presentes em cada sociedade e sua correspondente vicissitude histórica¹⁷⁷.

José Rodrigo Rodriguez considera que o desenho institucional pode ser pensado em pelo menos dois aspectos: o recrutamento dos juízes e; o desenho do organismo decisório quanto à estrutura e aos procedimentos. Atento aos limites desta pesquisa, que centraliza a investigação na forma de deliberação do Supremo Tribunal Federal, interessa mais de perto o segundo aspecto, uma vez que o primeiro é mencionado pelo autor referindo-se a todos os órgãos do Poder Judiciário¹⁷⁸.

Em relação ao desenho do Poder Judiciário e de seu procedimento decisório, José Rodrigo Rodriguez destaca a relevância do modelo de deliberação para o alcance de decisões congruentes, indicado, por exemplo, que alguns estudos já apontaram que em julgamentos colegiados o debate entre os juízes pode sobrepor-se à análise das circunstâncias do caso concreto, pois vencer o oponente se torna mais importante¹⁷⁹.

As regras processuais e procedimentais, portanto, podem influir diretamente não apenas no resultado do julgamento, mas igualmente no modo como ele é produzido e na avaliação do grau de sua consistência ou congruência. Claudia Maria Barbosa lembra que:

Alguns mecanismos tendentes a facilitar a aproximação da sociedade dos procedimentos deliberativos e a ampliar a participação do cidadão nos debates

¹⁷⁷ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2785 (eletrônico - Kindle).

¹⁷⁸ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2795 (eletrônico - Kindle).

¹⁷⁹ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2835 (eletrônico - Kindle)

levados ao Judiciário, tem sido usados de forma cada vez mais frequente no Brasil, e parecem representar um caminho acertado para o processo de legitimação que tem como destinatário o Judiciário, entre eles a audiência pública, o *amicus curiae* e a participação crescente de peritos nos processos judiciais.¹⁸⁰

Os constrangimentos institucionais possíveis nesse campo são vários e cada um pode conformar uma maneira diferente de decisão judicial. A forma de deliberar, o sistema de voto individual ou coletivo, a realização de audiência pública etc., todas essas questões podem alargar ou diminuir o campo de comprometimento do juiz com a integridade e coerência de suas decisões¹⁸¹.

2.6 MODELOS DE DELIBERAÇÃO COLEGIADA: AGREGATIVO, DELIBERATIVO, EXTERNO, INTERNO, EM SÉRIE E *PER CURIAM*

Patrícia Perrone Campos Mello assinala que a estrutura do processo colegiado de decisão pode influenciar o comportamento judicial. Nesse sentido, o modelo de decisão adotado pode induzir ou limitar a deliberação entre seus membros, além de proporcionar maior transparência e controle sobre o processo decisório¹⁸². A citada autora lista seis categorias ou modelos de decisão que indicam o modo de funcionamento de órgãos colegiados em diferentes cortes de justiça. Quatro categorias referem-se ao momento de tomada de decisão, sendo as seguintes: a) modelo deliberativo; b) modelo agregativo; c) modelo externo; d) modelo interno. As duas categorias faltantes estão relacionadas ao modo de expressão da decisão, sendo as seguintes: e) sistema de voto institucional (*per curiam*); f) sistema de votos em série (*seriatim*)¹⁸³.

Os modelos referidos são apenas uma forma de aproximação da realidade vivenciada nas cortes judiciárias, sem a pretensão de exauri-la, mas tão somente de ajudar na compreensão das influências que as normas procedimentais exercem sobre o comportamento dos juízes¹⁸⁴.

¹⁸⁰ BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Limites e possibilidades da legitimação e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil** [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p. 59-81.

¹⁸¹ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2854 (eletrônico - Kindle)

¹⁸² MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3).

¹⁸³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

¹⁸⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

A argumentação, no *modelo deliberativo*, tem caráter cooperativo, visto que busca a formação de consenso que represente o entendimento da corte enquanto instituição. Desse modo, a deliberação pressupõe a abertura de cada um dos membros da corte ao ponto de vista dos demais e ao convencimento. A disputa ou competição para fazer prevalecer a própria opinião não encontra um ambiente muito favorável, principalmente quanto o modelo deliberativo está associado ao *modelo interno* de decisão, em que a deliberação ocorre de forma reservada entre os juízes, sendo os interlocutores os próprios membros do tribunal e não pessoas externas às cortes¹⁸⁵.

O caráter privado da deliberação interna proporciona a discussão de teses, a mudança de opinião e também a acomodação de entendimentos, mas, por outro lado, revela-se menos transparente para o público, o que cria obstáculo à aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, dificultando o controle social¹⁸⁶.

O *modelo agregativo* de julgamento oferece outra dinâmica para o processo deliberativo. Neste caso a decisão é produzida levando-se em consideração os entendimentos manifestados por cada um dos juízes individualmente, não sendo a tônica a busca de um entendimento comum ou coletivo da instituição. O *modelo externo*, por sua vez, normalmente associado ao modelo agregativo, é aquele em que as discussões e divergências são manifestadas publicamente, o que é positivo para a maior visibilidade do processo decisório e para aproximar o Poder Judiciário da sociedade, pois permite conhecer o comportamento de cada um dos magistrados e os fundamentos por eles utilizados, contribuindo para o maior controle social.

Por outro lado, o *modelo externo* leva a maior exposição dos juízes ao público, tornando-se mais preocupados com o próprio desempenho, pois seus entendimentos não se dirigem apenas aos colegas da corte, mas também a todos os eventuais grupos de identificação que possam ter interesse em avaliar a sua atuação, seja para criticá-la, seja para elogiá-la. Nesse cenário a mudança de opinião é dificultada, assim como o poder persuasivo da argumentação, ambiente que favorece a uma lógica do “culto à personalidade” dos juízes¹⁸⁷.

Os sistemas que indicam a forma como as decisões são comunicadas aos jurisdicionados e à sociedade como um todo são o de voto institucional (*per curiam*) ou o de voto em série (*seriatim*). No primeiro modelo o tribunal produz, em regra, um voto único

¹⁸⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

¹⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

¹⁸⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

sobre a solução a ser dada a determinada questão e os fundamentos que expressam a posição institucional da corte sobre a matéria julgada. Mesmo se admitindo a produção de votos vencidos, o entendimento da maioria é transmitido como sendo o entendimento em nome da corte. No segundo modelo, o de votos em série, cada membro do colegiado produz o seu próprio voto acerca da solução para o caso em julgamento¹⁸⁸. Neste caso os fundamentos que expressam a posição do tribunal devem ser extraídos da análise individual dos votos vencedores, não havendo uma regra sobre qual voto seria o preponderante, embora a tradição, nos casos em que não haja maior repercussão social ou midiática, por vezes confira maior importância ao papel do relator, o que normalmente não ocorre quando o caso adquire essa repercussão.

A escolha do modelo a ser observado no processo decisório de uma corte, assim como a maior ou menor aproximação com as categorias abstratas referidas, depende do desenho institucional adotada no âmbito de cada Estado, o qual será influenciado pela tradição e valores por ela prestigiados. A título de exemplo, é possível que se opte pelo modelo externo de decisão por entender que a falta de transparência do modelo deliberativo é um mal maior. Essas escolhas, todavia, repercutem diretamente na forma como o tribunal gera os seus precedentes e na maneira como contribui para o desenvolvimento do sistema jurídico no qual está inserido.

2.7 O MODELO DE DELIBERAÇÃO COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal. Ele é composto pela presidência, duas turmas e o plenário. As turmas são compostas por cinco ministros cada uma, ao passo que o presidente também integra o plenário, órgão em que todos os onze ministros têm assento.

As principais vias de acesso ao Supremo Tribunal Federal para a discussão de matéria constitucional são o recurso extraordinário, por meio do qual se aperfeiçoa o controle difuso e incidental de constitucionalidade, e as ações diretas, próprias do controle concentrado e principal de constitucionalidade. Conforme exposto acima, são precisamente por meio desses dois mecanismos processuais que têm origem os precedentes obrigatórios da corte, consoante

¹⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.3.3.1).

estabelecido no art. 927 incisos I e III do Código de Processo Civil.

A declaração de constitucionalidade no controle difuso e incidental de constitucionalidade pode ser reconhecida pelas turmas do Tribunal. Mas somente ao plenário cabe o julgamento das ações diretas que integram o controle concentrado de constitucionalidade, bem como a declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso. Isso significa que o precedente obrigatório originário do julgamento de recurso extraordinário repetitivo poderá ter origem nas turmas somente quando afirmada a constitucionalidade da lei ou ato normativo questionado em face da Constituição Federal. Se afirmada a inconstitucionalidade ou a declaração de constitucionalidade ocorrer em sede de ação direta, os precedentes obrigatórios decorrentes desses julgamentos necessariamente terão origem no plenário do tribunal.

A sistemática do julgamento nas turmas ou no plenário é a mesma, salvo em relação ao número de ministros participantes. Por ser o plenário o órgão mais expressivo do Tribunal e responsável pela produção da esmagadora maioria dos precedentes obrigatórios formados naquela corte, é a ele que se estará referindo doravante ao se falar do processo decisório praticado no Supremo Tribunal Federal.

O relator, em regra definido por meio de sorteio eletrônico no momento da distribuição, é quem conduz o processamento do recurso ou ação até o momento do seu julgamento. Após elaborar o seu relatório, o relator encaminhará cópia aos demais ministros e pedirá à presidência a designação de dia para julgamento. Nas sessões de julgamentos, públicas e televisionadas¹⁸⁹, após a leitura do relatório, é facultada aos advogados a realização de sustentação oral, a qual, em de regra, não tem peso na decisão, que, já está tomada, uma vez que em regra os Ministros vão às sessões com os votos prontos, já redigidos¹⁹⁰. Em seguida, o presidente devolve a palavra ao relator para a leitura do seu voto, colhendo-se após os votos dos demais ministros, na ordem inversa de antiguidade, podendo qualquer dos ministros requerer vistas dos autos, hipótese em que se suspende o julgamento.

O quórum para a votação de matéria constitucional e para a declaração de constitucionalidade é de oito ministros. Em caso em que o relator é voto vencido, a redação do acórdão caberá ao ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente. É prática usual no Tribunal que todos os ministros apresentem votos escritos, especialmente nos casos

¹⁸⁹ Lei 10.461/2002.

¹⁹⁰ A argumentação poderá ter valor quando, por exemplo, alguém pede vistas, porque aí o pedido de vista é posterior à sustentação oral. Uma forma de aumentar no julgamento o grau de influência dos argumentos dos advogados que serão expostos na sustentação oral é recorrer ao procedimento de expô-los por escrito e encaminhá-los aos gabinetes antes da sessão de julgamento.

de maior repercussão. Os acórdãos do julgamento incluem o relatório, a transcrição da discussão da causa e os votos proferidos por cada um dos ministros que participaram do julgamento. As conclusões e a ementa do acórdão são publicadas no Diário da Justiça.

Aplicando as categorias de processos decisórios anteriormente referidos, conclui-se que as decisões no Supremo Tribunal Federal são produzidas seguindo, predominantemente, o modelo agregativo, externo e de votos em série¹⁹¹. Seu pronunciamento, portanto, não expressa um entendimento do Tribunal como instituição. Na agregação cada ministro dá as suas razões individuais para o julgamento. Na votação em série, a decisão é produto do somatório das conclusões dos votos individuais de cada um dos ministros, embora o resultado do julgamento seja tomado por maioria de votos, mesmo que eles tenham fundamentos diversos, de modo que o dispositivo da decisão, isto é, o mérito do pedido ou o juízo de procedência ou improcedência independe dos fundamentos que levaram a essa decisão. O modelo externo, que no caso também é televisionado, concentra a atenção nas razões individuais expostas pelos ministros, expondo-o a crítica sobre o seu desempenho pessoal.

2.8 UM EXEMPLO DA ATUAÇÃO CONCRETA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Um caso emblemático do modo de deliberação do Supremo Tribunal Federal refere-se aos diversos julgamentos enfrentando o tema da possibilidade de execução provisória da pena. A questão teve a sua repercussão geral reconhecida pela Corte no ARE n. 964.246-SP, sendo classificada como tema n. 925. A tese correspondente é a seguinte: “A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”¹⁹².

A tese de repercussão geral aprovada não foi extraída de um precedente obrigatório, tal como estabelecido no art. 927 do Código de Processo Civil. Apesar disso, a sistemática é a mesma, isto é, a deliberação sobre a tese citada em nada difere da aplicada aos precedentes obrigatórios decorrentes de acórdão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo.

O que justifica a análise deste caso é precisamente a repercussão que a temática obteve no meio jurídico, político, acadêmico e social, com ampla cobertura da imprensa escrita e

¹⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (eletrônico, seção 3.4.4.1).

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 859251.

televisionada, cenário particularmente adequado para revelar o modo como o Supremo Tribunal Federal se pronuncia sobre tema de notória expectativa dos diversos seguimentos da sociedade brasileira, e mais ainda, sobre uma situação que envolve o mais caro dos direitos fundamentais: o direito de liberdade que decorre da presunção de inocência.

O exemplo analisado cumpre o papel de fornecer elementos que permitam indicar concretamente como ocorrem os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de provocar o debate acerca do modelo deliberativo adotado pelo Tribunal e a análise da sua adequação à construção de um sistema de precedentes que se pretende íntegro e coerente. Não é objetivo desta pesquisa avaliar como o processo decisório do Supremo Tribunal Federal influencia no resultado dos seus julgamentos, mas apenas apontar alguns elementos importantes para a discussão sobre a sistemática deliberativa da Corte na formação de seus precedentes e em que medida esse procedimento decisório contribui para atingir a exigência de legitimidade (identificada no terceiro capítulo como integridade e coerência) das decisões do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, mormente quando essas decisões tenham a pretensão de se transformarem em paradigma para a solução de casos semelhantes, portanto, como fonte hermenêutica do processo de criação e desenvolvimento do Direito.

Para fazer afirmações mais precisas acerca do impacto do modelo deliberativo adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a formação dos precedentes obrigatórios não há dúvida de que seria necessário um estudo mais minucioso e detalhado baseado em um número maior de casos, tarefa que poderá ser levada adiante em outra pesquisa.

A metodologia empregada nesta análise é emprestada de José Rodrigo Rodrigues, que a utiliza no livro *Como Decidem as Cortes?*¹⁹³ O autor analisa o modelo de racionalidade jurisdicional empregado em três diferentes casos com o objetivo de corroborar a hipótese de que os tribunais brasileiros decidem com base em argumentos de autoridade e, ainda, que a decisão por agregação de opiniões leva a um modelo que ele denomina de “justiça opinativa”.

Neste trabalho essa metodologia é adaptada ao propósito da pesquisa, que consiste em apontar que o modelo agregativo e de votos em série adotados pelo Supremo Tribunal Federal cria dificuldades para o delineamento da integridade e coerência dos seus precedentes obrigatórios, já que não permite identificar com clareza qual é a argumentação comum que a Corte efetivamente quis adotar para a solução do caso e que deverá orientar a compreensão das instâncias inferiores, e também do próprio Tribunal, em relação à tese firmada, a fim de que os seus fundamentos determinantes possam ser estendidos para a solução de casos

¹⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

semelhantes.

Assim, serão classificados e listados os argumentos empregados nos votos dos ministros e as consequências jurídicas que deles extraíram para votarem a favor ou contra a tese aprovada. A classificação dos argumentos observará os seguintes parâmetros gerais: a) constitucional, quando revele a interpretação de alguma regra ou princípio constitucional, explícito ou implícito; b) legal, quando revele a interpretação de algum dispositivo de lei; c) jurisprudencial, quando citado alguma jurisprudência ou precedente e; c) doutrinário, quando citado algum doutrinador. Com base nessa classificação, será feita em seguida a análise da consistência interna e externa dos argumentos empregados em cada voto para sustentar a tese de repercussão geral aprovada pelo Tribunal.

Não foram analisados os argumentos ditos consequencialistas ou pragmáticos, isto é, baseados em alegações de possíveis efeitos práticos negativos ou positivos que a solução a favor ou contrária à tese poderia acarretar ao sistema de justiça penal brasileiro. Primeiro porque as afirmações desse jaez, quando não baseadas exclusivamente num visão pessoal e subjetiva, são relacionadas a dados estatísticos imprecisos e duvidosos, isto é, não ancorados em pesquisa empírica de reconhecida credibilidade. Segundo, porque para aprofundá-los, seria preciso investigar as razões que motivaram a análise subjetiva ou os dados utilizados, o que desvirtuaria o objeto desta pesquisa.

2.8.1 Contextualização da controvérsia

A prisão após a condenação em segunda instância, mesmo na pendência de recurso especial e recurso extraordinário, foi a primeira posição que se consolidou no Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição de 1988. No julgamento do HC n. 68.726, realizado em 1991, por exemplo, esse entendimento foi afirmado como sendo representativo do pensamento da maioria dos ministros do Tribunal. O tema foi revisitado muitas vezes ao longo dos anos, sendo mantida essa jurisprudência, por exemplo, no julgado do RHC 71.959, no ano de 1995, no julgamento do HC n. 74.983, realizado em 1997 e no julgamento do HC n. 72.366, realizado em 1999.

No ano de 2009, no julgamento do HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Tribunal, por maioria, mudou de posição e passou a adotar o entendimento de que a prisão decorrente de condenação penal somente deveria ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória, de modo que a pena não poderia ser executada na pendência de recurso especial ou extraordinário. Diante disso, o entendimento da Corte passou a ser o de que, antes

do trânsito em julgado, eventual ordem de prisão teria natureza cautelar e deveria estar embasada em sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Em fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292, atuando como relator o Ministro Teori Zavascki, o assunto foi revisitado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e, a partir daí, com base na maioria formada, passou-se a adotar o entendimento anterior ao julgamento do HC 84.078, ou seja, que admitia a execução da pena após a condenação em segundo grau, mesmo pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Esse precedente foi seguido no julgamento das medidas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44, julgadas no mês de outubro daquele mesmo ano de 2016.

Ainda no ano de 2016, no mês de novembro, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou, agora em sede de repercussão geral (tema 925), o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência extraído o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

2.8.2 Argumentação desenvolvida no julgamento que resultou na aprovação da tese de repercussão geral tema n. 925

No julgamento do ARE n. 964.246, a repercussão geral da questão constitucional suscitada foi reconhecida por unanimidade pelos Ministros que se manifestaram no julgamento ocorrido através da ferramenta chamada plenário virtual. Admitida a repercussão geral, os Ministros passaram a examinar o mérito do ARE com o objetivo de afirmar ou não a jurisprudência dominante. O resultado do julgamento do mérito foi que o Tribunal, por maioria, reafirmava a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Votaram pela aprovação da tese os Ministros Teori Zavascki (relator), Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Não participou desse julgamento a Ministra Rosa Weber.

O relator, Ministro Teori Zavascki, apresentou seu voto reportando-se ao que fora decidido no HC n. 126.292, julgado naquele mesmo ano (2016), e no qual também atuara como relator. Reconheceu a repercussão geral e posicionou-se pela aprovação da respectiva tese. Com base na classificação adotada nesta pesquisa, os fundamentos utilizados em seu voto foram os seguintes.

- 1) Fundamento constitucional: princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º,

LVII, da Constituição Federal. Argumentou que se trata de garantia constitucional que tem um sentido processualmente dinâmico, isto é, que tem intensidade diferente, conforme a etapa recursal e que deve levar em consideração as características da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, citando duas basicamente: a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; b) a possibilidade de reparar constrangimentos ilegais mediante *habeas corpus*. Essa interpretação, em sua visão, permitiria equilibrar, de um lado, as garantias de defesa, dentre as quais a presunção de inocência e, de outro, o sentido público de justiça que o processo penal deve ser capaz de prover para alcançar a pacificação social.

2) Fundamento legal: art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, este atualmente revogado pelo novo Código de Processo Civil. Ambos os dispositivos legais se referem à ausência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Também o art. 1º, I, da Lei Complementar 135/2010, que prevê como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por certos crimes quando proferida por órgão colegiado.

3) Fundamento jurisprudencial: a) julgamento do HC n. 68.726, realizado em 1991. Foi citada a ementa do julgamento e afirmado que o precedente assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível; b) julgamento do HC n. 74.983, realizado em 1997. Afirmou-se simplesmente que o precedente leva à conclusão de que, com a condenação do réu, a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva ficava superada, pois os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo; c) julgamento do HC n. 72.366, realizado em 1999. Afirmou-se que o precedente permitia concluir que as restrições ao direito de apelar em liberdade previstas no art. 594 do Código de Processo Penal, depois revogado pela Lei n. 11.719/2008, eram compatíveis com o princípio da presunção de inocência e que a superveniência de sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado juízo de consistência da acusação, o que autorizaria a prisão como consequência natural da condenação; d) diversos julgamentos das Turmas do próprio Tribunal com a indicação apenas da classe processual, número, relator e data de publicação das respectivas decisões no Diário da Justiça, os quais confirmariam a tese de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário; e) Enunciados 716¹⁹⁴ e 717¹⁹⁵ da Súmula do Supremo Tribunal

¹⁹⁴ “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença”.

¹⁹⁵ Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o

Federal, aprovados em 2003, com citação dos respectivos textos; f) julgamento do HC n. 85.886, realizado em 2005. Afirmou-se que o voto da Ministra Ellen Gracie revelava que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa.

4) Fundamento doutrinário: o voto afirma que o entendimento tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, citando nesse sentido o Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Eduardo Espínola Filho. Também foi citado o estudo de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman sobre a execução da pena na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina.

Após o ministro relator, manifestou-se o Ministro Celso de Mello, que reconheceu a repercussão geral, mas se posicionou contrário à aprovação da tese. Disse que não reconhecia que o entendimento constituísse expressão de diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, pois somente haveria uma decisão proferida em habeas corpus (HC 126.292/SP) e duas outras, sem efeito vinculante, proferidas em sede cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF. Em relação aos fundamentos de sua manifestação, fez simples remissão à orientação perfilhada no julgamento do HC 126.292/SP, afirmando que essa mesma orientação foi reiterada nos votos que proferiu no julgamento conjunto da ADC 43-MC/DF e ADC 44-MD/DF.

O voto seguinte foi do Ministro Luis Roberto Barroso, do qual se extraem os fundamentos seguintes.

1) Fundamento constitucional: a) a interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal conduz à compreensão de que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é condição para a culpabilidade e não para a prisão; b) a presunção de inocência é princípio e não regra, o que permite ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. Como a condenação em segundo grau de jurisdição demonstra de forma segura a responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal para a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal; c) a vedação à prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente¹⁹⁶ a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal.

fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

¹⁹⁶ Baseado na tese do dever de proteção do Estado, que é uma das faces do princípio da proporcionalidade (a autora é a proibição de excesso).

2) Fundamento legal: a) o acórdão penal condenatório proferido em segundo grau esgota as chamadas instâncias ordinárias, passando a execução da pena a ser uma exigência de ordem pública, entendida como a eficácia do direito penal necessária para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Assim, a prisão após a condenação em segundo grau também se justifica nos termos da legislação ordinária; b) possibilidade de correção de eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus pela via do habeas corpus e, também, de se obter a concessão de efeito suspensivo no recurso extraordinário ou no recurso especial.

3) Fundamento jurisprudencial: a) julgamento do HC n. 68.726, realizado em 1991; b) julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

Não foram apresentados fundamentos doutrinários.

Na sequência do julgamento, votou o Ministro Marco Aurélio. Após transcrever integralmente o voto do relator, questionou a deliberação sobre a repercussão geral no agravo e, ainda, a análise do próprio mérito do recurso extraordinário no Plenário Virtual, reconhecendo que o procedimento limitava a troca de ideias proporcionada pelo julgamento na forma tradicional. Destacou que o art. 283 do Código de Processo Penal continuava hígido e a exigência de trânsito em julgado se aplicava não apenas ao recurso de apelação, mas também aos recursos de natureza extraordinária. Por fim, posicionou-se no sentido da inadequação da análise da repercussão geral no agravo e, ainda, da impropriedade do julgamento pelo Plenário Virtual.

Não consta do andamento processual no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na internet a manifestação dos demais ministros. Colhe-se, porém, que o resultado final do julgamento no Plenário Virtual, ficou assim configurado¹⁹⁷:

09/08/2018
Plenário Virtual

Plenário Virtual :: STF - Supremo Tribunal Federal

Tema
925 - Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.

Classe: ABE
Número: 954246
Data de Início: 23/10/2016
Data Prevista Fim: 10/11/2016
Manifestação/Voto

Relator: MIN. TEORI ZAVASCKI	Questão Constitucional	Repercussão Geral	Reafirmação de Jurisprudência
MIN. TEORI ZAVASCKI	Há	Há	Sim
MIN. EDSON FACHIN	Há	Há	Sim
MIN. LUIZ FUX	Há	Há	Sim
MIN. DIAS TOFFOLI	Há	Há	Não
MIN. GILMAR MENDES	Há	Há	Sim
MIN. CARMEN LÚCIA	Há	Há	Sim
MIN. ROBERTO BARROSO	Há	Há	Sim
MIN. MARCO AURÉLIO	Há	Há	Não
MIN. CELSO DE MELLO	Há	Há	Não
MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Há	Há	Não
MIN. ROSA WEBER	-	-	-

Figura 01 –
Fonte: Supremo Tribunal Federal

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=925>>. Acesso em: 9 ago 2018.

A tabela abaixo organiza os fundamentos dados por ministro em seus votos.

Tabela 1 -

		Tese		Fundamentos		
Ministros			Constitucional	Legal	Jurisprudencial	Doutrinário
	Execução da pena após condenação em segunda instância.					
Teori Zavascki	Sim		<ul style="list-style-type: none"> - Art. 5º, LVII, CF. - A presunção de inocência tem sentido processual dinâmico. - Equilíbrio entre garantias de defesa e sentido público de justiça. 	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 637, CPP - Art. 27, § 2º, Lei 8.038/90 - art. 1º, I, LC 135/10 	<ul style="list-style-type: none"> - HC 68.726 - HC 74.983 - HC 72.366 - HC 85.886 - Súmula 716, STF - Súmula 717, STF 	<ul style="list-style-type: none"> - Gilmar Ferreira Mendes - Eduardo Espíndola Filho - Luiza Cristina F. Frischeisen - Mônica N. Garcia - Fábio Gusman
Luís Roberto Barroso	Sim		<ul style="list-style-type: none"> - Arts. 5º, LVII e LXI, CF. - O trânsito em julgado é condição para a culpabilidade, não para a prisão. - Ponderação do princípio da presunção de inocência com outros princípios ou bens jurídicos, prevalecendo no caso a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. - A vedação à prisão após condenação em segunda instância confere proteção deficiente a bens jurídicos. 	<ul style="list-style-type: none"> Garantia da ordem pública. Possibilidade e de uso do HC. Possibilidade e de efeito suspensivo ao RE ou REsp. 	<ul style="list-style-type: none"> - HC 68.726 - ADCs 43 e 44 	

2.8.3 Argumentação desenvolvida no julgamento do HC 126.292

Conforme exposto acima, a tese da repercussão geral referente ao tem 925 foi deliberada na ferramenta chamada de Plenário Virtual, ocasião em que apenas os Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso apresentaram voto escrito expondo os argumentos em

favor da tese, e mesmo assim reportando-se ao que haviam votado no HC 126.292.

Os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, embora tenham apresentado manifestação escrita, não adentraram na discussão propriamente do mérito, o fazendo apenas por remissão ao julgamento do citado HC 126.292. Os demais ministros apenas assinalaram os itens “questão constitucional”, “repercussão geral” e “reafirmação da jurisprudência” disponibilizados na ferramenta Plenário Virtual, à exceção da Ministra Rosa Weber, que não se manifestou nesse julgamento.

Assim, para conhecer os argumentos dos demais ministros sobre a “reafirmação da jurisprudência” (os argumentos dos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso foram sintetizados acima), seja dos que votaram a favor, seja dos que votaram contra na análise da tese de repercussão geral no Plenário Virtual é preciso analisar o julgamento do HC 126.292.

Depois do relator, Ministro Teori Zavascki, cujos fundamentos foram explicitados na seção anterior, votou no HC 126.292, pela denegação da ordem, o Ministro Edson Fachin. Os fundamentos empregados em seu voto são os seguintes.

1) Fundamento constitucional: a) o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser interpretado em harmonia com outras normas constitucionais, como o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF); b) os artigos 102 e 105 da Constituição Federal não autorizam posicionar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça na estrutura recursal para revisar “injustiças do caso concreto”; c) o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça via recurso é excepcional, sendo seus papéis o de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, não sendo uma terceira e quarta instância revisora universal; d) a regra do art. 5º, LVII não pode levar a uma presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias.

2) Fundamento legal: a) o revolvimento de matéria fática firmada nas instâncias ordinárias não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão; b) o recurso extraordinário tem efeito meramente devolutivo; c) o trânsito em julgado depende da inércia da parte sucumbente e os mecanismos legais destinados a repelir recursos protelatórios são ainda muito incipientes; d) a possibilidade de medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário e especial, bem como do uso do *habeas corpus* para corrigir teratologia.

O Ministro Edson Fachin não fez referência a fundamento jurisprudencial nem doutrinário.

Em seguida votou o Ministro Luís Roberto Barroso, também no sentido da denegação da ordem, cujos fundamentos já foram analisados na seção anterior, e, depois dele, a Ministra Rosa Weber, cujos fundamentos são no sentido de conceder a ordem, sendo dois, um constitucional e outro jurisprudencial.

1) Fundamento constitucional: princípio da segurança jurídica como sinônimo de estabilidade da jurisprudência, sendo contrária à revisão diante da só alteração dos integrantes da Corte.

2) Fundamento jurisprudencial: o decidido no HC 84.078, julgado em 2009, e que foi o *leading case* para a inflexão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à anterior, que no julgamento estava se pretendendo retomar, como de fato foi retomada.

O próximo a votar foi o Ministro Luiz Fux, concluindo o seu voto pela denegação da ordem. Os fundamentos empregados foram os seguintes.

1) Fundamento constitucional: com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU¹⁹⁸, afirmou que a presunção de inocência relaciona-se com a culpabilidade e não com o trânsito em julgado, que não a condiciona.

2) Fundamento legal: a) imutabilidade do mérito da acusação e das análise das provas em razão de não ser possível o reexame de prova em sede de recurso extraordinário, de modo que o trânsito em julgado ocorreria nesse momento (da condenação em segundo grau de jurisdição); b) possibilidade de recurso de defesa *ad infinitum*.

3) Fundamento doutrinário: a) Patrícia Perrone Campos Mello, sobre o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social; b) Konrad Hesse, sobre importância, para a sua força normativa, do conteúdo da Constituição corresponder à realidade.

Não houve menção a fundamento jurisprudencial.

Votou em seguida a Ministra Cármen Lúcia, posicionando-se pela denegação da ordem. Em seu voto constam os seguintes fundamentos.

1) Fundamento constitucional: a Constituição Federal, ao dispor que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, veda a afirmação da culpa antes do trânsito em julgado, mas não impede a condenação e, portanto, o

¹⁹⁸ Classifica-se esse argumento como constitucional em razão da sua natureza de direitos humanos, que no plano interno são tidos como direitos fundamentais. Todavia, trata-se de manifesta inovação que traz implícita a ideia de controle de convencionalidade do texto da própria Constituição Federal.

início de cumprimento da pena.

2) Fundamento jurisprudencial: Enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que não permite a revisão de provas em recurso extraordinário.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes votou em seguida no sentido da denegação da ordem, extraíndo-se de seu voto os seguintes fundamentos.

1) Fundamento constitucional: a) a presunção de não culpabilidade é uma garantia processual que impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, mas a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador, que pode dar um tratamento mais gravoso conforme a imputação evolui; b) a presunção de não culpabilidade é um princípio e, portanto, não se resolve numa fórmula tudo ou nada, mas permite uma gradação, portanto, um tratamento progressivamente mais gravoso; c) art. 8, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirma o direito à presunção de inocência enquanto não provada legalmente a culpabilidade; d) art. 6º, 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que estabelece o direito à presunção de inocência enquanto a culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

2) Fundamento legal: a) as instâncias ordinárias são soberanas para a análise dos fatos; b) art. 637 do Código de Processo Penal, que dispõe que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo; c) a análise das questões federais e constitucionais própria dos recursos especial e extraordinário serve preponderantemente ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência; d) art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, que considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves a partir do julgamento em Tribunal; e) possibilidade de uso do *habeas corpus* e de medida cautelar para a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário.

3) Fundamento jurisprudencial: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção de inocência pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância, como no caso *Matijasevic v. Serbia*, n. 23037/04.

4) Fundamento doutrinário: Eduardo Espínola Filho, com citação de passagem sobre a presunção de inocência.

O Ministro Marco Aurélio foi o próximo a vota, posicionando-se pela concessão da ordem. Extrai-se de seu voto apenas um fundamento, de natureza constitucional, o de que o princípio da presunção de inocência impede a execução da pena mesmo após a condenação em segunda instância, pois a culpa só é selada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que não corre quando a parte faz uso do recurso especial e do recurso

extraordinário, cujo resultado pode modificar o resultado do julgamento.

Votou na sequência o Ministro Celso de Mello, manifestando-se pela concessão da ordem e reafirmação do precedente do HC 84.078/MG. Os fundamentos extraídos do seu voto são os seguintes:

1) Fundamento constitucional: a) a presunção de inocência é direito fundamental que bloqueia a imposição de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral até o trânsito em julgado da condenação criminal, entendida esta como condenação penal irrecorrível; b) o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha o trânsito em julgado; c) a presunção de inocência não inviabiliza a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão temporária, uma vez presente as razões concretas que a justifiquem.

2) Fundamento legal: artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal, que exigem, respectivamente, o trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direito.

3) Fundamento jurisprudencial: a) HC 96.095/SP, de sua relatoria, com transcrição da ementa; b) HC 96.219-MC/SP, de sua relatoria, com transcrição de parte de decisão monocrática.

4) Fundamento doutrinário: Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, em digressão sobre o princípio da presunção de inocência¹⁹⁹.

O último voto do julgamento foi o do Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Posicionou-se pela concessão da ordem e reafirmação do precedente do HC 84.078/MG. Empregou os seguintes fundamentos.

1) Fundamento constitucional: a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.

2) Fundamento legal: artigos 520, II e IV, do Código de Processo Civil, para corroborar a premissa de que o direito brasileiro dá mais importância ao direito de propriedade do que ao direito de liberdade.

3) Fundamento jurisprudencial: HC 84.078/MG, no qual o Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência para não permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. ADPF 347 e RE 592.581, no qual se decidiu que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se num estado de coisas inconstitucional.

¹⁹⁹ Também foram citados os autores Antônio Magalhães Gomes Filho, Francesco Carrara, Giovanni Carmignani, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, porém em contexto histórico-político claramente distinto.

4) Fundamento doutrinário: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, em passagem que afirmam que a interposição do recurso extraordinário ou especial obsta a eficácia imediata do título condenatório penal.

Abaixo tabela que organiza os fundamentos empregados pelos ministros em seus votos.

Tabela 2 -

Ministros	Tese	Fundamentos			
		Constitucional	Legal	Jurisprudencial	Doutrinário
Edson Fachin	Execução da pena após condenação em segunda instância. Sim	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 5º, LVII, LXXVIII e XXXVIII, “c”, arts 102 e 105, CF - O princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em harmonia com outras normas constitucionais. - O STF e o STJ atuam para estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, e não para revisar injustiças do caso concreto. - A presunção de inocência não pode levar à uma presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias. 	<ul style="list-style-type: none"> Impossibilidade de revolvimento de matéria fática. Efeito meramente devolutivo do RE e REsp. O trânsito em julgado depende de inércia da parte sucumbente e os mecanismos para repelir recursos protelatórios são incipientes. Possibilidade de efeito suspensivo ao RE e REsp, bem como uso do <i>habeas corpus</i>. 		
Rosa Weber	Não	- Princípio da segurança jurídica com o sinônimo de estabilidade da jurisprudência.		- HC 84.078	
Luiz Fux	Sim	- A presunção de inocência não está condicionada ao trânsito em julgado.	<ul style="list-style-type: none"> O trânsito em julgado ocorre em segunda instância diante da impossibilidade de reexame de prova em sede de RE e REsp. Possibilidade de recurso de defesa <i>ad infinitum</i>. 		<ul style="list-style-type: none"> - Patrícia Perrone Campos Mello - Konrad Hesse

Cármem Lúcia	Sim	- A presunção de inocência veda a afirmação da culpa antes do trânsito em julgado, mas não impede a condenação, portanto, o início de cumprimento da pena.		- Súmula 279, STF	
Gilmar Mendes	Sim	<p>- O princípio da presunção de não culpabilidade impede o tratamento do réu como culpado, mas a definição do que é ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador, que pode dar um tratamento mais gravoso conforme a imputação evolui.</p> <p>- Sendo um princípio, a presunção de não culpabilidade permite uma gradação, portanto, um tratamento progressivo mais gravoso.</p> <p>- Art. 8, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.</p> <p>- Art. 6º, 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.</p>	<p>As instâncias ordinárias são soberanas para a análise dos fatos.</p> <p>Art. 637, CPP.</p> <p>A análise do RE e REsp serve preponderantemente ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.</p> <p>Art. 1º, I, “e”, da LC 64/90.</p> <p>Possibilidade de efeito suspensivo a RE ou REsp e de uso do <i>habeas corpus</i>.</p>	<p>- Caso Matijasevic v. Serbia, n. 23037/04, julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.</p>	- Eduardo Espínola Filho
Marco Aurélio	Não	- O princípio da presunção de inocência impede a execução da pena mesmo após a condenação em segunda instância.			
Celso de Mello	Não	<p>- A presunção de inocência impede quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral até o trânsito em julgado da condenação criminal, entendida como irrecorrível.</p> <p>- O postulado do estado de inocência repele juízos prematuros de culpabilidade até o trânsito em julgado.</p> <p>- A presunção de inocência não inviabiliza a prisão cautelar.</p>	Arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal	<p>- HC 96.095</p> <p>- HC 96.219-MC</p>	<p>- Luiz Flávio Gomes</p> <p>- Valério de Oliveira Mazzuoli</p>

Ricardo Lewandowski	Não	- A presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.	Arts. 520, II e IV, CPC	- HC 84.078 - ADFP 347 - RE 592.581	- Ada Pellegrini Grinover - Antônio Magalhães Filho - Antônio Scarance Fernandes
---------------------	-----	---	-------------------------	---	--

2.8.4 Reflexões sobre a interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à sua própria tese de repercussão geral

Inicialmente cabe dizer que a análise ora empreendida não tem o propósito de discutir o acerto ou desacerto da tese de repercussão geral afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de execução da pena após a condenação penal em segundo grau. O objetivo é explorar os argumentos utilizados por cada um dos ministros em seu voto para sustentar a tese aprovada, a fim de verificar em que medida esses argumentos se reforçam ou se contradizem entre si e se permitem construir, por si mesmos, um caminho seguro para a compreensão da interpretação constitucional que estaria dando sustentação à tese, e que constituiria parâmetro para futuras interpretações envolvendo o preceito constitucional interpretado pelo Tribunal.

O preceito constitucional cuja interpretação foi decisiva para a consolidação da tese de repercussão geral e em torno do qual foi estabelecido o precedente do HC 126.292 é o do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁰⁰.

A doutrina refere-se a esse dispositivo constitucional como consagrador do princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade. Cabe investigar nos votos de cada ministro argumentos que respondam as seguintes indagações: O que se deve entender por princípio da presunção de inocência? Qual é o que significado da expressão “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” exarada no texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O Ministro Teori Zavascki, relator tanto do HC 126.292 quanto do ARE 964.246,

²⁰⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago 2018

afirmou que o preceito constitucional mencionado consagra o princípio da presunção da inocência, entendendo-o como uma garantia processual dinâmica, isto é, que vai se modificando conforme o evoluir do processo. Com a condenação em primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa, embora não definitivo, pois sujeita a recurso. No juízo de apelação, é exaurido o exame sobre os fatos e provas, firmando-se, em caso de condenação, a responsabilidade penal do acusado. Como o recurso especial e o recurso extraordinário têm âmbito de cognição estrito à matéria de direito, justifica-se a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até aquele momento observado. Essa interpretação, segundo o Ministro Teori Zavascki, também se justifica para harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Portanto, para o Ministro Teori Zavascki o princípio da presunção de inocência é uma garantia processual que impede a afirmação da responsabilidade penal do acusado e que se esgota com a sentença condenatória proferida em segundo grau de jurisdição. Essa conclusão é apoiada mais fortemente numa leitura da Constituição a partir da legislação processual e da jurisprudência acerca dos recursos especial e extraordinário (sem efeito suspensivo e sem análise de fatos e provas), bem como em uma ideia de harmonização ou equilíbrio entre as garantias de defesa e o sentido público de justiça. O voto não explicita o que se deve entender por trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Roberto Barroso afirmou que a Constituição brasileira não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas à ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conclusão a que chega com base numa leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal. Para o Ministro o princípio da presunção de inocência obsta um juízo de certeza acerca da culpabilidade. Também assentou que a presunção de inocência é um princípio (e não regra) e pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, no caso, o interesse constitucional na efetividade da lei penal e a proteção de bens jurídicos. Assim, argumenta que, de um lado, tem-se a condenação em segundo grau que é demonstração segura da autoria e materialidade, além de se ter por finalizada a apreciação de fatos e provas, e de outro, o distanciamento do tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena, o que impede a capacidade do direito penal ser sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. O sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. Além disso, para o Ministro interditar a prisão

quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal. Por fim, sustenta que, com o acórdão penal condenatório, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública, entendida como eficácia do direito penal.

Portanto, para o Ministro Luís Roberto Barroso o princípio da presunção de inocência é um princípio que obsta um juízo de certeza acerca da culpabilidade, não ficando muito claro em que consistiria essa culpabilidade, pois reconhece que o acórdão penal condenatório é um juízo seguro quanto à autoria e a materialidade. Essa conclusão é apoiada numa interpretação com o dispositivo do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, que condiciona a prisão à ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; também num juízo de ponderação com a tutela de bens jurídicos constitucionalmente tutelados e; numa leitura da Constituição a partir da legislação processual e da jurisprudência acerca dos recursos especial e extraordinário (sem efeito suspensivo e sem análise de fatos e provas). O voto não explicita o que se deve entender por trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Edson Fachin afirmou que o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em harmonia com outras normas constitucionais, destacando as do art. 5º, LXXXVIII e XXXVIII, “c” e arts. 102 e 105 da Constituição Federal. Disse ainda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não são Tribunais para revisar injustiças do caso concreto, mas que têm os papéis de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Argumentou ainda que a presunção de inocência não pode levar a uma presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias.

No voto do Ministro Edson Fachin que não há menção direta do que vem a ser o princípio da presunção de não culpabilidade. O que está claro é que em seu entendimento a compreensão desse princípio não pode se prender na literalidade do texto da constituição, mas interpretado em conexão a outros princípios e regras constitucionais. Em relação à exigência de trânsito em julgado, não afirmou claramente o que significa nem o momento em que o considera ocorrido, mas apenas fez consideração no sentido de que sua configuração depende em algum momento da inércia da parte sucumbente.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber não apresentou uma compreensão própria do princípio da presunção de inocência, mas compartilhou do entendimento do Ministro Celso de Mello de que se trata de um postulado que prevalece até o trânsito em julgado da decisão condenatória. No voto não há um desenvolvimento acerca do que vem a ser o trânsito em julgado, nem a indicação do momento em que poderia ser reputado ocorrido.

O Ministro Luiz Fux afirmou textualmente que a presunção de inocência não está condicionada ao trânsito em julgado, mas o fez com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Não disse claramente o que se deve entender por presunção de inocência, embora tenha expressado que esteja calcada na regra *mater* de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada, associando a ideia de culpa à noção de culpa provada. Acerca do trânsito em julgado, sustentou que ocorre em segunda instância e diante da impossibilidade de reexame de prova nos recursos especial e extraordinário.

A Ministra Cármen Lúcia argumentou em seu voto que a presunção de inocência veda a afirmação da culpa antes do trânsito em julgado, mas não impede a condenação e, portanto, o início do cumprimento da pena. Para a Ministra a presunção de inocência estabelece que as consequências de uma sentença penal condenatória só tenham efeitos a partir do trânsito em julgado, isto é, que a Constituição determina a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, embora a condenação leve ao início de cumprimento da pena. Não há maiores detalhes no voto sobre o seu raciocínio de que a presunção de inocência não impede a condenação e, por isso, também não impede a prisão. Dizendo de outro modo, não se explicita porque a condenação em segundo grau leva à prisão, a despeito do princípio da presunção de inocência, segundo ela, condicionar os efeitos seus efeitos após o trânsito em julgado. No voto também não há apontamentos sobre o que se deve considerar por trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Ministro Gilmar Mendes alude que o princípio da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença, todavia o que é ser tratado como culpado depende da intermediação do legislador, que pode dar um tratamento mais gravoso conforme a imputação evolui, embora não indique de que forma o legislador teria feito isso no específico caso da prisão. Entende ainda que, por tratar-se de um princípio, permite uma gradação, isto é, um tratamento progressivo mais gravoso. O voto não adentra o exame do que se entende por trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nem o momento em que deva ser considerada²⁰¹.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio disse que o princípio da presunção de inocência impede a execução da pena mesmo após a condenação em segunda instância. Argumenta que essa compreensão está exposta de forma tão clara no texto da Constituição

²⁰¹ O Ministro Gilmar Mendes reformulou o seu entendimento no julgamento do HC 152.752, julgado em abril do corrente ano, e no qual foi relator o Ministro Edson Fachin. Neste julgamento já não integrava a Corte o Ministro Teori Zavascki, morto em 2016, sendo substituído pelo Ministro Alexandre de Moraes, que no caso específico do HC 152.752, votou pela aplicação da tese de repercussão geral firmada no ARE 964.246.

que sequer admite interpretação. O voto não aprofunda a interpretação sobre a presunção de inocência, limitando-se a assinalar que o seu significado é evitar que se execute a pena, invertendo-se a ordem natural das coisas. O Ministro não deu detalhes do que considera como sendo trânsito em julgado, nem o momento em que considera ocorrido, embora se possa inferir dos seus argumentos que a Constituição é clara a respeito e não admite interpretação a contrário. Aqui há um manifesto contraste com o argumento do Ministro Gilmar Mendes que apontava para um poder de conformação do legislador, o que não seria admitido pelo Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Celso de Mello argumentou que a presunção de inocência impede quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral até o trânsito em julgado da condenação criminal, entendida como irrecorrível. Por isso, são vedados juízos prematuros de culpabilidade até o trânsito em julgado, embora a presunção de inocência não inviabilize a prisão cautelar. Embora o voto deixe claro que a presunção de inocência obsta a execução da pena após condenação em segundo grau, o que só poderá ocorrer com o trânsito em julgado, alude ao trânsito em julgado de forma genérica como condenação irrecorrível, sem mencionar quando é que esse momento pode ser considerado ocorrido. Além disso, a argumentação sobre a presunção de inocência é desenvolvida como se obstasse qualquer tipo de medida constritiva à esfera jurídica do réu, quando se sabe que existem medidas legais dessa natureza ainda na fase de investigação. Assim, a ressalva que faz à prisão cautelar soa contraditória à compreensão ampla e extensiva que dá à presunção de inocência.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma em seu voto que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Em sua compreensão, o dispositivo constitucional que a consagra é taxativo, categórico, não sendo possível interpretá-lo. O voto, embora reconheça a aptidão para impedir a prisão após condenação em segundo grau, não aprofunda o que se deve entender por presunção de inocência, nem avança para esclarecer qual é a compreensão que se deve ter sobre a expressão trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A tabela abaixo sintetiza e organiza os argumentos dos ministros sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, bem como em relação ao que se deve entender por trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tabela 3 -

Ministros	Tese		Argumentos			
			(A1)	(A2)	Aprofundamento dos argumentos no voto	
	Execução da pena após condenação em segunda instância		O que se deve entender por presunção de inocência?	O que significa a expressão trânsito em julgado de sentença penal condenatória?	(A1)	(A2)
Teori Zavaski	Sim		Garantia processual que impede a afirmação da responsabilidade penal do acusado e que se esgota com a sentença condenatória proferida em segundo grau de jurisdição.	Não há.	Sim	Não
Luis Roberto Barosso	Sim		Princípio que obsta um juízo de certeza acerca da culpabilidade.	Não há.	Não	Não
Edson Fachin	Sim		Não há.	Não há.	Não	Não
Rosa Weber	Não		Postulado que prevalece até o trânsito em julgado da decisão condenatória.	Não há	Não	Não
Luiz Fux	Sim		Associa a ideia de culpa à noção de culpa provada.	Ocorre em segunda instância, diante da impossibilidade de reexame de prova nos recursos especial e extraordinário.	Não	Não
Cármen Lúcia	Sim		É a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, embora leve ao início de cumprimento da pena.	Não há.	Não	Não
Gilmar Mendes	Sim		Impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado antes do trânsito em julgado, o que depende da intermediação do legislador, que pode dar um tratamento mais gravoso conforme a imputação evolui.	Não há.	Sim	Não
Marco Aurélio	Não		Impede a execução da pena mesmo após a condenação em segunda instância.	Não há.	Não	Não
Celso de Mello	Não		Postulado que impede quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral até o trânsito em julgado da condenação criminal.	Condenação criminal irrecorrível.	Sim	Não
Ricardo Lewandowski	Não		Não há.	Não há.	Não	Não

Com base no levantamento acima, verifica-se que a tese de repercussão geral admitindo a prisão após a condenação em segunda instância, embora tenha partido e seja baseada na interpretação sobre o preceito constitucional do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que consagra a presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, está assentada em votos que expõem argumentos diferentes e de limitada reconstrução teórica do significado da garantia da presunção de inocência, à exceção dos votos dos Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que apresentam argumentos enfrentando mais direta e aprofundadamente as consequências jurídicas e problemáticas interpretativas reveladas pela presunção de inocência.

Todavia, mesmo aqueles ministros que foram mais profundos em seus votos, apresentam certas lacunas e inconsistências em seus argumentos, seja a favor ou mesmo contra a tese firmada.

O Ministro Teoria Zavascki, que votou a favor da tese, asseverou que a presunção de inocência impede a responsabilidade penal do acusado até a sentença condenatória proferida em segundo grau de jurisdição. Isso poderia levar a uma compreensão de que se está dizendo que o trânsito ocorre nesse momento (em segunda instância), mas essa conclusão não foi explicitada e nem há pistas seguras para admiti-la, pois simplesmente não houve consideração sobre o que se deve entender por trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por outro lado, a afirmação de que a presunção de inocência impede a responsabilidade penal até a condenação criminal em segundo grau, pode levar a que por meio de um raciocínio a contrário senso se afirme que a responsabilidade criminal a partir daí está selada, o que não é verdade, pois inúmeros efeitos da condenação penal ficam obstados até o trânsito em julgado, como a inscrição no rol dos culpados, a execução da pena de multa, a perda do cargo ou função pública etc.

O Ministro Celso de Mello, que se posicionou contrário à tese de repercussão geral, por sua vez, fundamentou que a presunção de inocência “impede quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral até o trânsito em julgado da condenação, entendida como irrecorrível”. Essa interpretação do princípio da presunção de inocência é incompatível com inúmeras medidas constitucionais e legais restritivas das esferas jurídicas dos investigados e acusados, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, quebras dos sigilos bancário e fiscal, além da prisão cautelar, esta última expressamente ressalvada no voto, mas num contexto de aparente contradição, dada a amplitude, quase ilimitada, com que foi tratada a presunção de inocência.

Também ser verifica inconsistência não apenas interna aos votos, mas igualmente

externa, entre aqueles que integram a maioria que levou à aprovação da tese de repercussão geral. Por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que o princípio da presunção de inocência obsta um juízo de certeza acerca da culpabilidade, todavia diz textualmente que o acórdão penal condenatório é um juízo seguro sobre a autoria e a materialidade delitivas, o que é uma manifesta inconsistência interna. Além disso, com base no art. 5º, LXI, da Constituição Federal expôs que a condição para a prisão não é o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, trazendo para o debate sobre a presunção de inocência um dispositivo que tem como objetivo clarificar a interdição das chamadas prisões administrativas e reforçar o princípio do juiz natural. Tal como exposto, o argumento não coloca limites à ordem judicial, deixando em aberto os casos em que esse tipo de ordem poderia ser expedida, isto é, quais os fundamentos que autorizariam constitucionalmente a expedição da ordem de prisão. Outro argumento bastante novo desenvolvido pelo Ministro foi o de que com o acórdão penal condenatório, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública, para eficácia do direito penal, pois esgotadas as instâncias ordinárias.

Também revela inconsistência e até contradição a afirmação feita pelo Ministro Luiz Fux de que a presunção de inocência não está condicionada ao trânsito em julgado. Feita da forma como foi, ou seja, sem ressalvas e com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, transmite a ideia de que o texto da Constituição brasileira ficou em segundo plano e que poderia ser suspenso ou submetido a controle de convencionalidade. Essa afirmação, aliás, entra em contradição com outro argumento empregado pelo próprio Ministro, o de que o trânsito em julgado ocorre em segunda instância e diante da impossibilidade de reexame de prova nos recursos especial e extraordinário, por si só já bastante polêmico, pois é sabido que em sede recursal ou em *habeas corpus* o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal podem alterar a análise de fatos e provas no processo penal.

Outro argumento extraído dentre aqueles que integraram a tese vencedora e que no conjunto se revela contraditório foi apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes. Ao dizer que o tratamento como culpado depende da intermediação do legislador, que pode dar um tratamento mais gravoso conforme a imputação evolui, não se dialoga com a possibilidade de se reconhecer que o próprio legislador não fez essa opção mais severa à luz do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

Frente a essas considerações, percebe-se que neste julgamento específico não houve um diálogo ou uma busca de entendimento para a construção de uma argumentação que

pudesse ser lida como sendo o entendimento do Tribunal acerca de determinado assunto constitucional, no caso, o princípio da presunção de inocência. Há uma tese aprovada e uma posição vencedora, mas não se pode dizer o mesmo em relação aos fundamentos que podem ser considerados determinantes para a sua aprovação. Entre a posição majoritária há fundamentos substancialmente diferentes e em certa medida contraditórios, e o modelo deliberativo praticado pelo Supremo Tribunal Federal não permite dizer que este ou aquele voto é o mais importante, nem mesmo o do relator.

Além disso, nota-se que os ministros não têm posição certa, não sendo possível sequer falar em maioria, sobre se o preceito do art. 5º, LVII, da Constituição Federal é regra ou princípio, e nem sobre quais as consequências dessa distinção no plano hermenêutico. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou claramente fazer um juízo de ponderação, uma vez que a presunção de inocência se tratava de um princípio, mas não deu maiores explicações sobre o porquê da presunção de inocência ou de não culpabilidade ser um princípio. O Ministro Teori Zavascki fala em equilíbrio entre garantias de defesa e sentido público de justiça, mas não assume que faz ponderação, embora fique implícito esse raciocínio. O Ministro Edson Fachin menciona a necessidade de interpretar o princípio em harmonia com outras normas constitucionais, sem dizer que faz juízo de ponderação. Todavia, diz que o preceito constitucional que consagra a presunção de inocência não pode ser entendido em sua literalidade, porque há outros princípios e regras constitucionais que precisam ser considerados. O Ministro Gilmar Mendes explica que o princípio da presunção ou de não culpabilidade de fato é um princípio e, portanto, permite uma gradação, mas também não revela os argumentos que o fizeram chegar a essa conclusão, nem faz juízo de ponderação. Embora se possa dizer que a maioria não tenha trabalhado com o argumento da ponderação, não se sabe exatamente porque a maioria reconhece na presunção de inocência a natureza de um princípio, nem as consequências hermenêuticas daí decorrentes. Por outro lado, o princípio hermenêutico constitucional da unidade da Constituição e o método interpretativo da interpretação sistemática assumem em alguns votos, embora implicitamente, o papel de verdadeiro argumento de ponderação.

Portanto, não obstante a aprovação da tese de repercussão geral, questões centrais para a compreensão do precedente ficam sem respostas, tais como: Qual interpretação o Tribunal está dando à presunção de inocência? A presunção de inocência é regra ou princípio, e por quê? Tem alguma diferença ou importância prática falar em presunção de inocência ou em presunção de não culpabilidade? O que se deve entender pela expressão “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal? Qual é o

modelo de racionalidade jurídica considerado mais adequado para a interpretação das normas constitucionais na visão de cada ministro e da Corte como um todo? Qual o papel e o limite do texto de um dispositivo constitucional para a interpretação constitucional?

Claro que existem respostas na Constituição a essas perguntas, mas elas não são fornecidas pelo precedente que embasa a tese de repercussão geral ora analisada. Assim, fica difícil imaginar outro cenário de aplicação do precedente para além dos limites semânticos estabelecidos na tese de repercussão geral, como, por exemplo, a interpretação da presunção de inocência envolvendo as seguintes questões: prisão cautelar; execução das penas restritivas de direito e das penas de multa; prisão em razão de condenação em ação penal originária; prisão em razão dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, entre outras. Neste último caso, pontua-se: se a Constituição Federal estabelece a soberania dos veredictos e se a presunção de inocência admite ponderação ou esvaziamento progressivo, seria possível a prisão após a sentença condenatória do júri? Qual é a lição ou o ensinamento que se pode extrair do precedente do Supremo Tribunal Federal que levou à aprovação da tese de repercussão geral para compreender essa questão? Cabe à doutrina, ao próprio Tribunal²⁰² e às instâncias inferiores interpretar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em seus precedentes, mas neste caso específico, afirmar quais são os fundamentos determinantes do precedente, não se faz sem boa dose de arbitrariedade e emprego da própria compreensão pessoal do interprete.

Como será exposto no terceiro capítulo, a legitimidade dos precedentes decorre do atendimento à integridade e à coerência, e uma das maneiras para alcançá-las diz respeito diretamente à capacidade deliberativa do procedimento decisório adotado pelo tribunal de onde emana o precedente, já sendo possível antecipar, com base na análise empreendida neste capítulo, que no caso do Supremo Tribunal Federal essa capacidade é reduzida diante das dificuldades que o modelo de deliberação adotado – predominantemente agregativo e de voto em série - acarreta para a compreensão dos argumentos que constituem os motivos determinantes da decisão e, portanto, do precedente.

Além disso, nota-se igualmente problemas na própria racionalidade jurídica desenvolvida pelo Tribunal, isto é, nos padrões argumentativos empregados pelos Ministros em suas decisões (votos), muitas vezes sustentadas primacialmente em argumentos de autoridade e com claros conflitos reveladores de contradição interna e externa entre os

²⁰² Muitos dos Ministros, talvez por isso mesmo, não têm seguido o precedente em questão. Nesse sentido, por exemplo, a concessão de *habeas corpus* de ofício na Reclamação n. 30.245-PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440052>>. Acesso em: 27 ago 2018.

fundamentos empregados. Isso leva ao questionamento sobre a própria qualidade técnica na forma de construção dos argumentos utilizados, uma vez que, como ocorre no caso acima analisado, não há resposta à questão jurídica central para o julgamento (construir um sentido íntegro e coerente do princípio da presunção de inocência).

3 COERÊNCIA E INTEGRIDADE COMO CONDIÇÕES PARA A LEGITIMIDADE DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No segundo capítulo foi explicitado o procedimento de formação dos precedentes obrigatórios oriundos do Supremo Tribunal Federal. Também foi apontado que o Tribunal desenvolve uma prática próxima dos modelos agregativo e externo, bem como do sistema de votos em série, de modo que as decisões são tomadas a partir da junção dos votos individuais de cada um dos ministros, apresentados em regra por escrito em sessão aberta e televisionada, sendo o acórdão publicado na íntegra no Diário da Justiça. Além disso, o relator ou o ministro responsável pela redação do acórdão elabora a chamada “ementa” da decisão, na qual são resumidas as teses que, no entender do relator, prevaleceram durante o julgamento.

Também foi analisado um caso específico julgado pelo Tribunal, o qual revelou que os votos dos Ministros apresentam argumentos diferentes e variados para o exame do caso, demonstrando as dificuldades para a compreensão do entendimento do Tribunal, enquanto instituição, em relação ao tema constitucional identificado no julgamento, e também os problemas que afetam a própria argumentação desenvolvida e que conformaria a racionalidade jurídica adotada no julgamento.

Este capítulo tratará da necessidade de coerência e integridade na formação dos precedentes obrigatórios como condição para a sua legitimidade, bem como retomará a questão da dificuldade que o procedimento decisório no Supremo Tribunal Federal acarreta para o alcance dessa legitimidade, exposta no segundo capítulo e, ao final, do tema que foi objeto do primeiro capítulo, isto é, as condições de possibilidade para que o sistema de precedentes brasileiro cumpra as exigências de integridade e coerência, a fim de que a sua operacionalidade se desenvolva dentro do marco do Estado Democrático de Direito²⁰³.

3.1 DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE E PROCEDIMENTO

Democracia e legitimidade são expressões intimamente ligadas. Quando os autores falam em democracia, implícita ou explicitamente estão se referindo a uma concepção de Estado que atende certos padrões de legitimidade, em que tanto a origem quanto o exercício

²⁰³ A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência são características de um sistema de precedentes comprometido com o ideal da segurança jurídica, como é o caso brasileiro. Porém, são subordinadas e orientadas pela integridade e coerência, genuínas condicionantes da legitimidade do sistema. Num sentido mais amplo e com foco no dever de uniformização: PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade**. 2016. 310 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

do poder estão em jogo.

Colin Bird esclarece que não há regime democrático puro ou simplesmente democrático. Os regimes democráticos o são em várias maneiras e graus diferentes. O que vai caracterizar a maior ou menor proximidade ou o maior ou menor grau ao que se considera uma estrutura democrática depende da suposta promoção de alguns ideais ou do afastamento de certos males e abusos. No primeiro caso temos os argumentos do tipo positivos, expressos pela justificação do bem comum, do autogoverno e da justiça igualitária. Os argumentos do tipo defensivos apontam para a capacidade de resolução de conflitos (impedir instabilidade social, desordem, violência e guerra civil) e a salvaguarda da liberdade contra o poder²⁰⁴.

Reconstruindo a história do conceito de democracia, Katya Kozicki²⁰⁵ identifica no modelo ateniense de democracia a origem da chamada democracia clássica, caracterizada pela participação direta dos cidadãos nas decisões políticas da comunidade. Mais tarde, com o surgimento dos Estados modernos, a democracia é identificada com a roupagem do liberalismo, conformando o que se chama de democracia liberal, fundada nos ideais de liberdade e igualdade num contexto de pluralismo, e caracterizada pelo chamado governo representativo. Ainda segundo a autora, num primeiro momento a democracia liberal era entendida como necessária aos ideais de uma sociedade capitalista, ordenada segundo os princípios da economia de mercado. Posteriormente, já no final do século XIX, com base numa concepção de liberalismo ético, passou a ser entendida como “modelo político adequado a uma sociedade que tenta assegurar que todos os seus membros sejam livres e iguais para desenvolver suas habilidades”, embora, no século XX, a ideia de que a democracia liberal é democracia capitalista tenha voltado a prevalecer²⁰⁶.

Partindo da premissa de que a democracia moderna é a democracia liberal, Katya Kozicki situa a atual discussão sobre a democracia, com base na perspectiva de uma sociedade democrática no princípio do século XXI. Para tanto, explica as bases teóricas das três principais correntes do pensamento democrático na atualidade, a democracia agregativa, a democracia deliberativa e a democracia radical, indicando os pressupostos de legitimidade em cada um desses modelos. Prosseguindo, a autora diz que na democracia agregativa, caracterizada pelo interesse, a legitimidade é encontrada na “medida em que os interesses de

²⁰⁴ BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução de Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011, p. 220-224.

²⁰⁵ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

²⁰⁶ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

todas as pessoas que a ela sejam submetidos são atendidos”, de forma que a democracia é entendida como método de agregação dos interesses e preferências, realizada através dos instrumentos da barganha e votação. Na democracia deliberativa, caracterizada por uma exigência de racionalidade, a legitimidade decorre de uma necessidade de justificação, de forma que a democracia é entendida como “método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político”. Ainda com a autora, a democracia radical concebe um terceiro elemento de motivação dos indivíduos ao lado dos interesses e da razão, as paixões. Desse modo, a exigência de legitimidade liga-se a um comprometimento profundo com o pluralismo que caracteriza as sociedades atuais, expressando uma “nova forma de se pensar a articulação dos princípios liberais da liberdade e da igualdade” dentro de uma perspectiva democrática, pondo em questionamento a possibilidade de acordo quanto aos interesses (democracia agregativa) e também “de um acordo final, racional, quanto a meios e fins a ação política” (democracia deliberativa)²⁰⁷.

Norberto Bobbio, com apoio na compreensão de Kelsen sobre a liberdade como autodeterminação, diz que o princípio da maioria maximiza a liberdade ou, o que para ele é o mesmo, o consenso, já que ser livre, no sentido de autodeterminação, significa obedecer às leis, às quais se deu o próprio consenso, mas desde que se saiba quantos são os que se beneficiam dessas vantagens do princípio de maioria, ou seja, “quantos são aqueles aos quais é consentido que se autodeterminem ou expressem seu próprio consenso mediante o princípio de maioria”²⁰⁸.

O tema da legitimidade é de extrema relevância num Estado Democrático de Direito e, por isso, objeto de preocupação em diversos ramos do saber, tais como da Filosofia do Direito e da Ciência Política, entre outros²⁰⁹. Por outro lado, posicionar-se acerca do que é legitimidade não é tarefa fácil, envolvendo múltiplas considerações. “Dizer o que é legitimidade já implica situar-se nesta ou naquela posição e ‘resolver’ antecipadamente a questão que se quer esclarecer”²¹⁰. Além disso, o conceito de legitimidade não é imune ao processo histórico e, portanto, muda com o passar do tempo.

Uma perspectiva bastante aceita é que a relação entre democracia e legitimidade

²⁰⁷ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 434-436.

²⁰⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

decorre da pergunta sobre a origem do poder, que em última análise é a pergunta sobre o uso da força. Jorge Miranda assinala que nenhum governante pode subsistir duradouramente se os governados não o tiverem como legítimo²¹¹. E acrescenta, “O problema da legitimidade é um problema de Direito, da ideia de Direito, de um conjunto de valores que, de uma forma ou de outra, liguem governantes e governados”²¹².

O princípio democrático triunfou sobre o princípio monárquico como sinônimo de governo legítimo, reconhecendo-se que a titularidade do poder estava no povo. Mas a ideia sobre o que é o povo nunca foi imune a controvérsias, havendo ao longo do tempo passado por complexas e sofisticadas teorizações. Cada concepção de povo determina uma concepção de legitimidade separada das demais, pontua Jorge Miranda²¹³. A democracia liberal concilia a ideia de soberania popular com os valores liberais, sendo a legitimidade decorrente da conciliação desses dois elementos.

José Luiz Quadros de Magalhães, aludindo à relação entre democracia e constitucionalismo, diz que este não nasceu democrático, pois em sua forma primeva, liberal, tinha o objetivo de criar um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. Nesse mesmo contexto os direitos fundamentais das constituições liberais eram afirmados para poucos, homens, proprietários e ricos²¹⁴. Por essa razão é que Katya Kozicki afirma que o Estado moderno primeiro nasceu liberal para depois tornar-se democrático²¹⁵.

A ideia de constituição inspira segurança ou estabilidade e decorre do ideal liberal de previsibilidade e calculabilidade. A ideia de democracia é oposta, significando transformação, mudança e, portanto, risco. O constitucionalismo democrático contemporâneo, que também atende pelo nome de Estado Democrático de Direito, reflete exatamente essa dicotomia entre segurança e risco, estabilidade e mudança. E a busca de equilíbrio entre esses dois elementos aparentemente conflitantes é constante. Daí porque José Luiz Quadros de Magalhães afirma que a “Democracia constitucional passa a ser construída sobre esta dicotomia: transformação com segurança, risco minimamente previsível; mudança com permanência”²¹⁶.

²¹¹ MIRANDA, Jorge. **Formas e Sistemas de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

²¹² MIRANDA, Jorge. **Formas e Sistemas de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

²¹³ MIRANDA, Jorge. **Formas e Sistemas de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

²¹⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia, Constituição e Consenso. In: OMMATI, José Emílio Medauar et al. (Coord.). **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 51-73.

²¹⁵ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

²¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia, Constituição e Consenso. In: OMMATI, José Emílio Medauar et al. (Coord.). **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 51-73.

O debate sobre o controle de constitucionalidade coloca-se no centro dessa problemática, sendo tecido a partir de duas perspectivas fundamentais. De um lado a soberania popular, expressa na regra da maioria, e o princípio da separação de poderes que lhe é tributário, de outro a ideia de direitos individuais e, depois, de direitos fundamentais que estão na base do liberalismo, justificados sob a ótica de uma comunidade de princípios sintetizados na constituição e a concepção de última palavra sobre a interpretação desses mesmos princípios. Bem visto o debate, nota-se que há em seu núcleo um aparente paradoxo, pois a concepção de soberania popular é que figura na base tanto do argumento da regra da maioria quanto na da comunidade de princípios.

O paradoxo é ilusório porque na verdade o que está em jogo nos dois lados da discussão é uma concepção de legitimidade resultante da imbricação entre os valores do liberalismo e do ideal democrático num contexto de uma sociedade sabidamente fragmentária e plural²¹⁷. Esta é a configuração das modernas democracias e que refletem o ideal da democracia liberal, cuja “concepção parte da ideia de que procedimentos adequados de deliberação tornariam possível a obtenção de um acordo que pudesse satisfazer ao mesmo tempo os ideais de racionalidade e legitimidade exigidos para um aprofundamento da democracia”.²¹⁸

O processo de deliberação dentro do procedimento democrático é a pedra de toque da moderna democracia liberal ou constitucional. Mas essa mesma visão vai dar origem a concepções e teorias diferentes conforme a maior ou menor preocupação com os resultados do procedimento democrático. Nesse sentido, contrapondo as perspectivas teóricas de Rawls e Habermas, Katya Kozicki explica que em Rawls há uma maior preocupação quanto aos resultados do procedimento democrático, entendendo ser possível um consenso racional quanto aos seus meios e fins, ao passo que Habermas, por sua vez, tem uma concepção eminentemente procedimental, em que dá ênfase aos meios, sem restrição quanto aos resultados a serem obtidos²¹⁹. Essa divergência dá origem a duas construções teóricas contrapostas, a teoria comunitarista e a teoria majoritarista, a primeira tendo por pano de fundo a ideia de comunidade de princípios compartilhados em uma sociedade e a segunda, a

²¹⁷ “O povo vem a ser, simultaneamente, sujeito e objeto do poder, princípio ativo e princípio passivo na dinâmica estatal”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 72.

²¹⁸ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

²¹⁹ KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

ideia de formação de consenso no espaço público.

Um expoente da visão comunitarista é Ronald Dworkin, em cuja teoria desenvolve uma concepção coparticipativa da democracia:

(...) o autogoverno não é governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras. Essa parceria ou coparticipação estará inevitavelmente dividida quanto aos cursos de ação política, uma vez que a unanimidade é rara nas comunidades políticas de qualquer tamanho. Mas pode ser, mesmo assim, uma parceria, desde que os membros aceitem que, na política, devem agir com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros²²⁰.

A legitimidade para a teoria comunitarista, que também atende pelo nome de substancialismo, tem foco no resultado do procedimento democrático. Assim, com base em argumentos de princípio, admite-se que o Poder Judiciário pode e deve fazer prevalecer direitos das minorias²²¹.

A legitimidade para a teoria majoritarista, que também atende pelo nome de procedimentalismo, por outro lado, não está vinculada a uma perspectiva puramente quantitativa, mas tem nítidos traços qualitativos, embora não tenha como foco central de preocupação o resultado do procedimento democrático, e sim os meios para a sua realização. Embora Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki concluam que não há teoria democrática meramente procedimental, uma vez a existência de algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, analisam os fundamentos a favor de uma concepção de democracia procedimental, isto é, que concebem o procedimento discursivo como assecuratório do princípio democrático e, portanto, da legitimidade do Direito²²².

A questão é a de como essa visão seria capaz de sustentar a legitimidade do Direito na sociedade moderna, multicultural, plural, com valores substantivos diversos e às vezes contraditórios. Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a visão de uma ética/moralidade única deve ser abandonada, concebendo-se, em substituição, “uma deliberação racional baseada na universalização dos interesses em questão”²²³.

A chamada moral pós-convencional é procedimental. O procedimento

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 586-587.

²²¹ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 587-589.

²²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICK, Katya. *Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional*. CONPEDI...

²²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 221.

dialógico/discursivo garantiria a avaliação imparcial de questões difíceis, por meio da reciprocidade e da garantia de distintos projetos de vida²²⁴. Nas palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Na etapa pós-convencional, os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais²²⁵.

A forma pela qual a moralidade alcançaria esses valores universais se dá por meio de dois tipos de fundamentação discursivas diferentes, o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação. O discurso de fundamentação refere-se ao plano de validade da norma. O discurso de aplicação refere-se ao momento em que a norma é aplicada a um caso particular. Em ambos os casos o discurso é o elemento chave da justificação da norma ou da decisão.

A fundamentação da norma de modo isolado, ou discurso de fundamentação, é apoiada no princípio da moralidade de Habermas, que diz que a formação de consenso “deve obter o assentimento de todos os possíveis atingidos, na qualidade de participantes de discursos racionais”²²⁶. A ética do discurso habermasiana baseia-se no princípio de universalização, chamado princípio “U”, que pressupõe situações de aplicação no momento de fundamentação das normas. Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio explicam da seguinte forma o princípio de universalização:

O princípio “U” possui dois significados principais: todos os destinatários da norma a ser justificada devem observá-la e ela deve ser aplicada em todas as situações. O primeiro significado é simples, o objetivo do princípio é verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, desta maneira, o rol de destinatários que irão observá-la não pode ser reduzido. A segunda é mais complexa, pois para entendê-la é necessário analisarmos o que se quer dizer com uma aplicação geral da norma em todas as situações²²⁷.

O primeiro significado, o de que a norma deve ser observada por todos, cinge-se em verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, devendo levar em consideração um amplo rol de destinatários. O segundo significado, o de que a norma deve ser aplicada em todas as situações, requer que todos os possíveis destinatários tenham tido o

²²⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2^a ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 222.

²²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2^a ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 223.

²²⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2^a ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 226.

²²⁷ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.380, 2012.

direito de participar, de expor as suas necessidades, e que os seus interesses tenham sido considerados²²⁸.

Trata-se de uma teorização contrafática de modo que se reconhece haver uma tensão entre o modelo ideal de comunicação e a comunidade real de comunicação. O discurso de fundamentação “pressupõe circunstâncias iguais, constantes, regulares, e não excepcionais, não se exigindo dele uma previsão exaustiva de todas as possíveis circunstâncias da realidade”²²⁹.

Desse modo, Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo, com suporte em Habermas e Günter, explicam que:

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguirem prever todas as situações de aplicação não significa que a ideia de validade não possuiria mais sentido. A validade da norma possui sentido na medida em que este problema de conhecimento limitado não impede que os participantes tenham o direito de analisar as vantagens e desvantagens que podem ser previstas. Desta maneira, a norma justificada de acordo com o princípio “U” representa um interesse comum, no momento presente e de acordo com o conhecimento possível. A observância geral de “U” não se refere a todas as situações previsíveis, mas apenas àquelas situações possíveis de prever no tempo atual²³⁰.

Nota-se, portanto, que a perspectiva procedimentalista tem em seu âmago a defesa do princípio democrático, garantia de que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática. Mas para que a argumentação não se limite a considerações meramente teleológicas, há a necessidade de formulação em linguagem jurídica, conformando-se ao discurso jurídico e ao princípio da soberania popular, este último refletindo a vontade da totalidade dos cidadãos, que se tornam mais do que destinatários, mas coautores da legislação²³¹.

No discurso de aplicação está pressuposta a validade das normas legisladas. O que se vai discutir é a sua adequação a uma situação concreta, o que exige uma justificação externa e interna²³². A justificação externa corresponde ao exame semântico dos textos de lei, incluindo-se as referências a precedentes judiciais e à doutrina. A justificação interna conecta-

²²⁸ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.371, 2012.

²²⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 228-229.

²³⁰ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.373, 2012.

²³¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 228-229.

²³² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schid Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219-229.

se aos elementos descritivos da realidade e indica porque determinadas características do caso foram consideradas relevantes e outras não²³³.

As argumentações pragmáticas e ético-políticas próprias do discurso de fundamentação devem ser, em regra, tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário, não podendo proceder a um novo discurso fundamentação, mas tão somente examinar a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto²³⁴.

Refletindo mais diretamente sobre a legitimidade da decisão judicial, André Luiz Souza Coelho afirma que toda norma tem duas pretensões, uma de correção, outra de legitimidade. A correção indica que o conteúdo da norma é válido, ao passo que a legitimidade indica que a sua formação foi válida²³⁵. A relação entre uma e outra vai depender da teoria adotada, se de matriz substancialista ou procedimentalista. A perspectiva substancialista reconhece que uma norma pode ser correta sem ser legítima, ou pode ser legítima sem ser correta, criando uma concorrência entre correção e legitimidade²³⁶. A perspectiva procedimentalista superaria essa concorrência, pois, como diz André Luiz Souza Coelho:

Quando se concebe a correção da norma como sua aceitabilidade racional e se concebe essa aceitabilidade racional como sendo aquela que só pode ser auferida num procedimento discursivo válido, então a correção passa a ser entendida como uma aceitabilidade racional no interior de um procedimento discursivo válido, motivo por que ela deixa de concorrer e passa a complementar-se com a legitimidade²³⁷.

Claudia Maria Barbosa, sobre o tema, entende que o processo de legitimação da atuação do Poder Judiciário pode ser identificado a partir de três critérios, a finalidade, a legitimidade democrática do processo de tomada de decisão e o grau de *accountability*

²³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 234.

²³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 240.

²³⁵ COELHO, André Luiz Souza. Deliberacionismo judicial: acerca da legitimidade da decisão judicial. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/100.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²³⁶ O exemplo é de André Luiz Souza Coelho. Para uma teoria que considere a vida como um valor fundamental e inviolável, um plebiscito em que a maioria da sociedade decidisse pela adoção da pena de morte seria legítimo, mas não correto, enquanto a decisão que desconsiderasse o resultado do mesmo plebiscito seria correta, mas não legítima. COELHO, André Luiz Souza. Deliberacionismo judicial: acerca da legitimidade da decisão judicial. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/100.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²³⁷ COELHO, André Luiz Souza. Deliberacionismo judicial: acerca da legitimidade da decisão judicial. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/100.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

institucional²³⁸.

Portanto, a questão da legitimidade da decisão judicial, sem prejuízo do aspecto do comportamento institucional responsável (*accountability*), que se situa fora dos limites da pesquisa, está estreitamente relacionada ao conteúdo da norma mais diretamente e ao conteúdo do Direito, mais genericamente. Está fora de propósito da pesquisa discutir o mérito das teorias substancialistas e procedimentalistas. Parte-se do pressuposto de que ambas podem contribuir, cada qual ao seu modo, para a compreensão da legitimidade da decisão judicial. Como afirma Francisco José Borges Motta, “as dimensões interpretativa e procedimental são indissociáveis, interdependentes e complementares”²³⁹. O elemento que interessa a esta pesquisa é a exigência de racionalidade discursiva comum a ambas as perspectivas teóricas, pois o alcance da legitimidade está condicionado a uma razão prática discursiva, seja mais fortemente apoiada no procedimento, seja mais elaborada a partir de uma argumentação contenedora²⁴⁰.

3.2 RACIONALIDADE, ARGUMENTAÇÃO E COERÊNCIA

A complexidade das sociedades contemporâneas e os seus dilemas morais exigiu o desenvolvimento de teorias que fossem capazes de lidar com essa realidade. No plano da Teoria do Direito, isso se refletiu no surgimento de teorias pós-positivistas, uma vez que o paradigma positivista se revelou insuficiente, não conseguindo controlar adequadamente a discricionariedade judicial, que não se confunde com o reconhecimento do papel criativo do juiz o processo interpretativo.

A racionalidade construída pelo positivismo, baseada no silogismo, em que do confronto entre a premissa maior (norma jurídica) e a premissa menor (fatos) segue-se a conclusão, mostrou-se incapaz de corresponder às demandas surgidas nesse novo contexto de complexidade do Estado Democrático de Direito, que demanda por legitimidade mediante exigência de racionalidade e justificação do exercício do poder e, por conseguinte, do uso da força. Embora se possa defender a validade do raciocínio subsuntivo para os chamados casos

²³⁸ BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Limites e possibilidades da legitimação e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil** [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p. 59-81.

²³⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 18.

²⁴⁰ Essa é a razão pela qual Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo entendem que as teorias de Klaus Günther, acerca do discurso de justificação e aplicação, e de Ronald Dworkin, do direito como integridade, se complementam. CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.388, 2012.

fáceis, entende-se que ele não dá conta de toda a racionalidade jurídica no contexto atual.

A legitimidade da decisão judicial diante desse novo cenário passa a exigir um grau muito maior de sofisticação de racionalidade jurídica. Perfilhando caminhos substancialista ou procedimentalista, o fato é que a fundamentação da razão prática na decisão judicial passou a depender de pressupostos muito mais complexos que o mero silogismo do positivismo. É nesse contexto que surgem as teorias da argumentação e do discurso, que visam a controlar a legitimidade do processo de realização prática do direito, compreendendo o que se tem chamado de legitimação argumentativa ou pelo procedimento.

A coerência é uma dessas exigências para a legitimação discursiva da decisão judicial. Embora haja quem se coloque contrariamente à ideia de coerência no direito²⁴¹, diversos autores contemporâneos reconhecem a necessidade de coerência no direito como condição de sua legitimação, compondo um quadro de teorias chamadas de coerentistas²⁴².

Humberto Ávila, ao tratar dos postulados hermenêuticos, refere-se ao postulado da coerência como subelemento do postulado da unidade do ordenamento jurídico. Para este autor, o postulado da coerência impõe ao intérprete o dever de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores²⁴³. Explica Humberto Ávila:

A conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos. A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação²⁴⁴.

A coerência, nessa linha, classifica-se em formal e material. No aspecto formal, coerência liga-se à noção de consistência, que significa ausência de contradição, e de completude, isto é, a relação de cada elemento com o todo do sistema (conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e a coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas)²⁴⁵.

Juan Pablo Alonso distingue três funções da coerência em relação às normas jurídicas,

²⁴¹ Cf. RAZ, Joseph. **The relevance of coherence**. Boston University Law Review, n.72, 1992.

²⁴² “(...) as análises coerentistas concentram atenção, principalmente, sobre a coerência da interpretação jurídica, para cotejá-la com outras interpretações, com o direito positivo e com as próprias razões subjacentes das disposições do direito positivo”. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 29.

²⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 145.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148.

²⁴⁵ Cf. BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e Direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. Curitiba: Juruá, 2005.

sendo uma de natureza explicativa e duas de natureza normativa. Segundo este autor:

La función explicativa (o descriptiva) presupone que el subsistema es completo (carece de lagunas normativas) y consistente (carece de antinomias). Además, es un subsistema coherente ya que es posible explicar (o describir) su coherencia en función de los principios que se inducen satisfactoriamente.

La primera función normativa de la coherencia presupone que el sistema posee alguna patología normativa; esto es, lagunas o antinomias. El propósito de esta función es inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico.

La segunda función normativa de la coherencia presupone dos cuestiones: a) que el sistema normativo es completo y consistente y, b) que existe algún caso del UC del subsistema analizado cuya solución es incoherente con los principios inducidos²⁴⁶.

Nesse sentido, a coerência é geralmente tratada como consistência, sendo exigência teórica de um discurso pautado pela racionalidade²⁴⁷. Para os lógicos, consistência constitui a base do princípio da não-contradição²⁴⁸.

No campo do direito, a coerência é mais ampla que a consistência, envolvendo aspectos acerca da racionalidade do direito como um todo, sua integridade e inteligibilidade, o relacionamento entre direito e moral, bem como a própria ideia de universalização das decisões²⁴⁹. Diante disso, de “um modo geral, pode-se dizer que a consistência é mais próxima de um conceito lógico de não-contradição, ao passo que a coerência, em razão de sua abrangência, aproxima-se de uma concepção de racionalidade na argumentação”²⁵⁰.

A coerência, portanto, tanto é analisada sob a ótica do criador da norma jurídica concreta (aplicador), como daquele que expede o enunciado normativo (legislador). Além disso, não há um único *standard* teórico para a investigação da coerência. Amalia Amaya, por exemplo, refere-se às teorias coerentistas fortes e fracas. As primeiras compreendem a coerência como condição necessária e suficiente da justificação jurídica, sendo um dos seus representantes Ronald Dworkin. As segundas entendem a coerência como condição

²⁴⁶ ALONSO, Juan Pablo. **Principios Implícitos y Coherencia**. Disponível em: <<https://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/4eb2aeb8-d133-405d-940c-f48d15bb8e68/Alonso.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 12 jul 2018.

²⁴⁷ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

²⁴⁸ As teorias lógicas paraconsistentes reconhecem a possibilidade de um sistema operar com determinada contradição sem que haja a sua contaminação como um todo. Conforme explica Claudia Maria Barbosa, “As lógicas paraconsistentes são portanto, lógicas capazes de fundamentar teorias inconsistentes e não triviais. Assim, admitem-se proposições contraditórias sem que por isso o sistema perca o seu valor científico”. BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e Direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 78.

²⁴⁹ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

²⁵⁰ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

necessária, mas não suficiente, sendo um dos seus representantes Neil MacCormick²⁵¹.

Neil MacCormick diferencia entre coerência normativa, isto é, relevante para a justificação jurídica, e coerência narrativa, neste caso relevante para justificar conclusões acerca de questões de fato, exigindo que o relato fático faça sentido²⁵².

Katya Kozicki e William Pugliese explicam que a coerência em MacCormick apresenta-se como um elemento importante da argumentação jurídica desenvolvida num plano de justificação de segunda ordem, a fim de que cumpra o pressuposto da universalidade decorrente da justiça formal, isto é, da ideia de tratar os casos iguais de forma igual. Desse modo, nos casos em que a mera dedução não resolve a questão, a argumentação jurídica deverá ser desenvolvida segundo alguns critérios, sendo dois deles a consistência, cuja ideia central é de não-contradição (a decisão não poder ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório no sistema), e a coerência, que vincula a justificação do processo de escolha presente na argumentação judicial aos princípios gerais de uma data ordem normativa²⁵³.

Por meio da coerência normativa, um conjunto de normas pode ser explicado com base em uma série de princípios gerais. Nesse sentido, “Duas afirmações são coerentes se, e somente se, é possível demonstrar que ambas as afirmações podem ser justificadas por um mesmo valor ou conjunto de valores”²⁵⁴.

Desse modo, no âmbito da argumentação jurídica, a coerência aponta que, num sistema jurídico desenvolvido, as numerosas normas existentes deveriam fazer sentido quando consideradas em conjunto, sendo todas elas compatíveis com alguma norma mais geral, de modo que podem ser consideradas manifestações mais específicas dessa norma mais geral²⁵⁵.

Julie Dickson apresenta o seguinte argumento sobre a coerência normativa em MacCormick:

According to MacCormick, in deciding a case according to law, courts should first of all interpret the existing law in order to establish a coherent view of some branch of the law, and they should do this by showing how that branch of law is justified

²⁵¹ AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁵² KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-181.

²⁵³ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-181.

²⁵⁴ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

²⁵⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 197.

according to some coherent set of principles or values which underlie it. The court should then use this view of the law in order to justify its decision in a new case which comes before it. On such an approach, then, once courts establish what the settled law is, they should then interpret law in applying it to a new case such that their decision is in accord with the most coherent account which justifies that settled law²⁵⁶.

Por isso Amalia Amaya afirma que “*La coherencia normativa juega un papel importante pero limitado en la justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles*”²⁵⁷. A coerência permitiria identificar um conjunto de decisões justificáveis, porém a justificação continuaria dependente de argumentos consequencialistas. Daí porque a coerência em MacCormick é uma condição necessária, porém não suficiente para a justificação jurídica. O seu valor, todavia, continua sendo essencial para o direito na medida em que contribui para realizar os ideais de justiça formal²⁵⁸.

Diferentemente de MacCormick, a teoria coerentista de Ronald Dworkin tem um sentido forte e, assim, a coerência é entendida como condição necessária e suficiente para a justificação jurídica. Para Amalia Amaya, não apenas a justificação jurídica, mas também o conceito de verdade no direito é definido em termos coerentistas em Dworkin. Isso porque, “*según Dworkin, tanto la justificación de las proposiciones jurídicas como la verdad de las mismas dependen de su coherencia con un conjunto de creencias interpretativas acerca del derecho y de la moralidad política*”²⁵⁹.

Ronald Dworkin refere-se a dois tipos de coerência, a coerência de estratégia e a coerência de princípio. A coerência de estratégia coloca-se no processo de criação do direito e refere-se ao cuidado para que as novas regras se ajustem às regras e as que venham a ser estabelecidas no futuro, “de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas”²⁶⁰. A coerência de princípio orienta os padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos para que expressem uma visão única e abrangente da justiça²⁶¹.

²⁵⁶ DICKSON, Julie. **Interpretation and Coherence in Legal Reasoning**. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Stanford University, 2010. Disponível em: < <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/legal-reas-interpret/> >. Acesso em: 12 jul 2018.

²⁵⁷ AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁵⁸ AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁵⁹ AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 162.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 163.

A diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio ajuda a melhor compreender a ideia de coerência em Dworkin. Ao lado das regras e dos princípios, Dworkin concebe um outro *standard* operativo do raciocínio jurídico – as *policies*. Os princípios são normas decorrentes de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moral e, diferentemente das regras, aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, têm uma dimensão de peso ou importância. As *policies* revelam um padrão de norma que estabelece algum fim ou objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. Essa distinção entre princípios, *policies* e regras é lógica e determinante na justificação da decisão²⁶².

Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio explicam que os argumentos de política justificam uma decisão ao mostrar que esta protege algum objetivo coletivo da comunidade, ao passo que os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita e garante um direito fundamental, seja de um indivíduo ou de um grupo²⁶³.

As cortes não podem se utilizar de argumentos de política, senão de argumentos de princípio, os quais são responsáveis pela justificação moral do direito, condição de sua validade e legitimidade. A responsabilidade política dos juízes requer uma consistência articulada, isto é, que a decisão faça parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas certas²⁶⁴. Desse modo, a coerência em Dworkin aponta para uma argumentação de princípio que se coloque em sintonia com todo o sistema normativo em que o princípio deva ser aplicado²⁶⁵.

Nesse sentido, a exigência de coerência no direito é mais do que a simples consistência, que equivale à ausência de contradição lógica entre duas formulações de direito. “A coerência, em vez disso, deve ser consistente ‘em princípio’, isto é, deve ‘expressar uma visão única e abrangente da justiça’”²⁶⁶.

Assim, em Dworkin a coerência é entendida no âmbito de uma teoria maior que ele chama de direito como integridade, que entende o direito como uma comunidade de princípios, como se tivesse sido criado por um único autor²⁶⁷. É nessa comunidade de

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-45.

²⁶³ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.380, 2012.

²⁶⁴ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.383, 2012.

²⁶⁵ CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23, p.386, 2012.

²⁶⁶ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 46.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271.

princípios que os juízes identificarão direitos e deveres legais, o que deverá ser desenvolvido a partir de uma interpretação construtiva do melhor de nossas práticas jurídicas, sendo o direito a narrativa que se faz dessas práticas as melhores possíveis²⁶⁸.

Joseph Raz manifesta-se contrário à perspectiva coerentista do direito quando dirige a sua crítica ao interpretativismo de Ronald Dworkin. A sua objeção está diretamente ligada à sua teoria do direito como autoridade, a qual não admiti juízos morais no direito. Para Raz, a tese das fontes sociais é a única compatível com o insulamento do direito em relação à moral, rejeitando a tese da coerência por permitir a existência de normas jurídicas que não possuam fontes sociais, portanto, de um direito “desconhecido”²⁶⁹.

Cláudio Michelon explica que o alvo de Raz não seria diretamente a utilização de argumentos fundados na coerência na prática do direito, “mas sim a teoria do direito que afirma ser o direito um conjunto de princípios que expliquem corretamente os ‘materiais jurídicos’ (que ele identifica como a legislação e as decisões judiciais precedentes...)”²⁷⁰, o que é compatível com a seguinte passagem de Julie Dickson sobre o que seria coerência para Raz:

Raz's contention is that the law of a given jurisdiction does not vary with the beliefs of those subject to it, and in his view, that law is objective in this way means that there must be a common base to which coherence accounts in law are addressed. His suggestion in this regard is that coherence accounts in law take court decisions and legislative and regulatory acts as their base, and hold law to be the set of principles that makes the most coherent sense of that base²⁷¹.

A despeito da adoção de uma teoria coerentista forte ou fraca, o que importa a esta pesquisa é que a coerência, no plano da filosofia do direito contemporânea, tem o papel de justificar a interpretação jurídica e, portanto, firma-se como um elemento essencial no desenvolvimento do discurso e da argumentação jurídica. Como assinala Amalia Amaya:

A pesar de que hay distintas opiniones acerca del lugar que debe ocupar la coherencia en una teoría de la justificación jurídica, la mayoría de los filósofos del derecho están de acuerdo en que la coherencia es, al menos, un ingrediente importante en la justificación jurídica²⁷².

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XI.

²⁶⁹ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 138-139.

²⁷⁰ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

²⁷¹ DICKSON, Julie. **Interpretation and Coherence in Legal Reasoning**. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Stanford University, 2010. Disponível em: < <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 12 jul 2018.

²⁷² AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012)

A perspectiva coerentista do direito posiciona-se numa dimensão que pretende superar o formalismo típico do positivismo jurídico. Isso porque expande o âmbito da razão no direito para além dos limites formais do raciocínio jurídico ao estabelecer critérios de coerência nos casos em que, na visão formalista, os juízes teriam discricionariedade²⁷³.

A coerência conecta-se com a questão da legitimidade da decisão judicial porque pode ser encarada em última análise como uma ideia de racionalidade, ou seja, com exigência de justificação e correção. Na síntese de Cláudio Michelon, “se a coerência é um requisito da razão prática em geral e se a argumentação jurídica é um caso especial de razão prática, a coerência é também um requisito da argumentação jurídica”²⁷⁴. Para este autor, o fundamento para se aceitar que a coerência é um requisito da razão prática decorre de uma concepção narrativa da vida humana, assim explicada:

Segundo essa concepção há um valor intrínseco em levar a vida de uma maneira que pode ser compreendida como tendo uma unidade narrativa, na qual as diversas ações do sujeito podem ser reconduzidas a uma concepção aceitável de bem /.../ A constante busca dessa coerência narrativa em nossas vidas, que Herbert McCabe chamou de ‘interpretação criativa de nós mesmos’ é o reflexo mais direto da importância dessa coerência narrativa da vida humana²⁷⁵.

Em suma, a argumentação jurídica no panorama atual das teorias da argumentação desenvolve-se por meio de uma racionalidade compatível com a necessidade de justificação das decisões judiciais num Estado Democrático de Direito, sendo a coerência um aspecto importante dessa condição de legitimidade.

O processo decisório dos tribunais como um todo e do Supremo Tribunal Federal em particular, não pode ser infenso a essa realidade, pois suas decisões como um todo e mais especialmente os precedentes obrigatórios que produzem, têm impacto direto e imediato no sistema jurídico brasileiro, servindo de parâmetro de racionalidade para a resolução de casos semelhantes pelas instâncias inferiores, bem como de elementos constitutivo da própria narrativa do direito interno.

Assim, a coerência é um elemento fundamental na construção do sistema de precedentes brasileiro, sendo tanto uma exigência de racionalidade com pretensão de

ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁷³ AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 59-90.

²⁷⁴ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

²⁷⁵ MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261-285.

justificação e correção dos precedentes obrigatórios, bem como uma condição para a realização do princípio da igualdade na aplicação do direito. Portanto, envolve o procedimento decisório da Corte como um todo, mas se coloca como central no momento da construção do discurso argumentativo que dá sustentação ao precedente e que é a sua própria possibilidade de existência, pois dele depende a identificação dos elementos determinantes da decisão, que constituirão estoque argumentativo para a solução de casos semelhantes, bem como a análise crítica acerca da sua correção, além de permitir o controle da atividade criativa dos juízes²⁷⁶.

A coerência expressa um ideal de resposta correta em direito²⁷⁷. Não é a resposta única possível, nem é a construção de uma verdade em seu sentido demonstrativo, mas uma verdade de consenso, construída por meio do diálogo e de procedimento²⁷⁸. É, enfim, a melhor resposta. A decisão é correta do ponto de vista do Direito aplicado ao caso. Como afirma Nagibe de Melo Jorge Neto, “É possível falar em decisão argumentativamente correta ou em fundamentação adequada para decidir uma específica questão jurídica normativa”²⁷⁹.

O caráter indeterminado da linguagem tampouco é impedimento para o objetivo de se alcançar resposta correta em direito. Nesse sentido Álvaro Ricardo de Souza Cruz elucida que “a reviravolta linguística não fornece um trajeto para se chegar diretamente à ‘resposta correta’, mas indica quais são os caminhos que não devem ser tomados”²⁸⁰. E acrescenta:

A consecução da ‘pretensão de correção’ se faz de modo dialético, como mecanismo de alerta para aquilo que não deve ser tentado ou repetido. A crítica permanente acaba ensinando aos intérpretes como não cometerem erros, identificar argumentos e argumentações que não se enquadram dentro do ‘jogo do Direito’, que violam as ‘regras constitutivas’ do sistema jurídico²⁸¹.

Os precedentes obrigatórios emanados do Supremo Tribunal Federal, como diretivas

²⁷⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 288.

²⁷⁷ Com base em Klaus Günther, George Salomão Leite afirma que a coerência não é critério de verdade ou correção de uma norma, mas de adequação de sua aplicação a um caso. LEITE, George Salomão. Coerência e Integridade como Critérios de Justificação de Sentenças no NCPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 112.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Para Além da Retórica, Uma Hermenêutica Jurídica não Relativista. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 22.

²⁷⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 286.

²⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 234.

²⁸¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 234.

para a solução de outros casos, devem ser gestados de modo a atender a exigência da coerência, que consiste em um dos elementos para o reconhecimento de sua legitimidade. Concorrem para tanto elementos que conformam um modelo adequado de racionalidade jurídica a ser empregado na elaboração da decisão que é a base material do precedente, como também (tema que será abordado mais adiante) um procedimento de deliberativo que contribua para a explicitação dessa racionalidade, isto é, que apresente no maior grau possível os argumentos e os pressupostos jurídicos relevantes para a compreensão do precedente obrigatório e o entendimento acerca dos seus fundamentos determinantes.

3.3 INTEGRIDADE E COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS: LEVANDO A CONSTITUIÇÃO A SÉRIO

Estefânia Maria de Queiroz Barboza comenta a proximidade da teoria do direito como integridade de Dworkin com o método do *common law* a partir da visão de um direito formado por uma comunidade de princípios, para além do texto escrito da Constituição, no qual os precedentes judiciais são encarados como prática constitucional, desenvolvidos como um romance em cadeia, metáfora que transmite a ideia de que cada juiz, ao julgar, está escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior para poder avançar²⁸². A mesma autora, após descrever como essa prática se dá no contexto norte-americano, arremata:

Assumindo que há um novo papel interpretativo do Judiciário em relação a significação e concretização dos direitos humanos, é necessário pensar num outro modelo de segurança que não a limitação pelo texto, pois isto não é mais possível. O modelo proposto é o método do *common law* compreendido como o direito como integridade de Dworkin²⁸³.

Há quem questione a ligação da ideia de integridade prevista no art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 à teoria dworkiana. Fredie Didier Jr., por exemplo, nega essa relação dizendo que se está diante de um enunciado normativo e não doutrinário, de modo que a discussão deixa de ser filosófica e passa a ser dogmática, propondo a sua própria compreensão

²⁸² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 204.

²⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 232.

de integridade como consistência da jurisprudência²⁸⁴. Ao fazê-lo o autor inspira-se em Peczenik e MacCormick, o que não deixa de ser uma visão doutrinária inspirada na teoria do direito, e em bases filosóficas, de outros autores.

Francisco José Borges Motta comenta que a articulação das teses de Dworkin no âmbito do constitucionalismo brasileiro não é uma empreitada livre de riscos, especialmente pelas reconhecidas diferenças entre os sistemas do *common law* e do *civil law* e também a originalidade de seu pensamento em relação a temas complexos e distintos, mas lança-se ao desafio de propor uma teoria da decisão baseada nos conceitos e ideias centrais do jusfilósofo norte-americano sem a necessidade de restringir-se ao que ele defendeu em seus textos, mas tentar aprender como a teoria de Dworkin pode ajudar a fornecer critérios para decidir corretamente, tendo sempre presente o contexto constitucional brasileiro²⁸⁵.

Não há dúvida de que um dispositivo legal não é uma reprodução legislativa de uma determinada teoria do direito ou tese filosófica. Mas por outro lado não é possível escapar das concepções teóricas que norteiam determinada doutrina que conforma a compreensão dogmática dos textos legais, no caso, do preceito do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015²⁸⁶. E a construção teórica que melhor expressa essa inspiração é sem dúvida a do direito como integridade, de Dworkin.

Em Dworkin a coerência é uma expressão do direito como integridade, o qual decorre de uma concepção mais ampla chamada de doutrina da responsabilidade política. Em sua formulação mais geral, a doutrina da responsabilidade política afirma que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”²⁸⁷. Um dos significados dessa doutrina, segundo o próprio Dworkin, é que ela “condena a prática de tomar decisões que pareçam certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”²⁸⁸.

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 382-397.

²⁸⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 12-18.

²⁸⁶ O texto é resultante da chamada “emenda Streck”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – A exigência de Coerência e Integridade no Novo Código de Processo Civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 157.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 137.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins

Sendo mais preciso, o direito como integridade exige a identificação de direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que “foram todos criados por um único autor”²⁸⁹, a chamada “comunidade personificada”, que traduz uma concepção coerente de justiça e equidade²⁹⁰. Assim, Dworkin afirma a seguinte tese sobre os fundamentos do direito: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”²⁹¹.

Essa concepção do direito está preocupada com a justificativa da coerção estatal. O poder político é coercitivo e um governo é legítimo somente quando demonstra igual interesse pelas pessoas que estão sob seu domínio e respeita a responsabilidade e o direito dessas pessoas de eleger o que é valioso para si mesmas²⁹². Numa democracia cada um dos integrantes da comunidade assume o compromisso não só de cumprir a lei, mas de tentar fazê-la compatível com as exigências da dignidade, o que requer a proteção dos direitos individuais à justiça e à liberdade²⁹³.

Vê-se que a ideia de comunidade de princípios retrata a prática constitucional como um todo, o que no plano da jurisdição significa fidelidade das decisões judiciais, por conseguinte dos precedentes obrigatórios, à responsabilidade pela busca da melhor interpretação dos princípios constitucionais. Esse é o chamado princípio de integridade no julgamento que se coloca ao lado do princípio de integridade na legislação. Enquanto este último pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerentes com a moral da comunidade, de modo a expressar um sistema coerente de justiça e equidade, o primeiro, isto é, o princípio de integridade de julgamento exige que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerente, ou seja, reflitam uma visão coerente de justiça, equidade²⁹⁴ e devido processo legal²⁹⁵. Assim como a coerência, a integridade é um

Fontes, 2011, p. 137.

²⁸⁹ Essa ideia é expressa por Dworkin através da metáfora do romance em cadeia. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275-279.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271-272.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 272.

²⁹² MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 26.

²⁹³ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31.

²⁹⁴ “(...) a equidade que se pretende nas decisões é mais ampla que o princípio do *treat like cases alike*, pois não significa apenas tomar decisões semelhantes em casos semelhantes, mas significa adotar os mesmos princípios que fundamentaram decisões semelhantes”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-208.

²⁹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen

elemento da igualdade, a revelar, na síntese de Lenio Streck, que “os diversos casos serão julgados com igual consideração”²⁹⁶.

Numa visão contextualizada com o direito brasileiro, Lenio Streck enxerga a integridade como expressão da força normativa da Constituição²⁹⁷. E isso remete diretamente à noção de Estado Democrático de Direito, que adaptado ao constitucionalismo pátrio, “assume contornos transformadores da realidade social”, representando dois pilares fundamentais: democracia e direitos fundamentais²⁹⁸. No terreno do processo isso quer dizer:

- a) levar a sério o processo e os direitos de seus participantes;
- b) uma mudança de *postura*, ou de *atitude interpretativa* com relação ao processo e as disposições que lhe dizem respeito;
- c) enxergar nos contraditores não meros opositores ou *adversários*, mas sim *membros de uma comunidade política genuína*, que são governadas por *princípios comuns* (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, *aceitam a integridade*, já que aceitam ‘a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios;
- d) entender que coerência é um conceito intercambiável; um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; por isso a integridade é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada²⁹⁹. (grifo no original)

Em suma, a integridade nos precedentes obrigatórios é mais um elemento condicionante da sua legitimidade no contexto da prática jurídica brasileira e, no particular, do Supremo Tribunal Federal, que impõe não transigir com a força normativa da Constituição e no plano da argumentação jurídica, condiciona-os a revelarem sempre a melhor interpretação do conjunto de princípios constitucionais hauridos do texto da Constituição. Ai conectam-se presente, passado e futuro, pois as práticas pretéritas serão explicitadas na história geral da comunidade política, permitindo que a prática atual possa organizar-se e justificar-se por princípio, “os quais podem oferecer um futuro melhor para a comunidade”³⁰⁰.

Juris, 2016, p. 218-219.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Coerência e Integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 332-333.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Coerência e Integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 343.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96-99.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – A exigência de Coerência e Integridade no Novo Código de Processo Civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 176-177.

³⁰⁰ PINHEIRO, Guilherme César. A Integridade do Direito e os Enunciados Interpretativos do Novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 301.

3.4 OS POSSÍVEIS CONSTRANGIMENTOS INSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES

Conrado Hübner Mendes refere-se ao desempenho deliberativo das instituições democráticas realçando o valor da deliberação para a tomada de decisões políticas legítimas. Para tanto, a argumentação e persuasão são fundamentais. Nas palavras do autor:

Quando falamos em deliberação, supomos que os agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor de debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos. Ou seja, suas posições não são imutáveis e eles não as trazem prontas e acabadas de casa. Constroem-nas em conjunto com os outros, no fórum público.³⁰¹

O desempenho deliberativo, portanto, ao lado de tantos outros critérios, serve para medir a qualidade da democracia, e abrange não só a qualidade dos argumentos em jogo, mas também do processo de debate em si, de modo que as garantias procedimentais e a maneira como foram operadas, bem como o peso dos argumentos dos participantes no processo decisório é o que mais importa.³⁰²

O desempenho deliberativo não se limita ao âmbito parlamentar, embora ai ele seja mais estudado. As decisões executivas e judiciais também podem ser submetidas a essa modalidade avaliativa de desempenho democrático. Conrado Hübner Mendes afirma que “um bom desempenho deliberativo de uma corte constitucional pode, em grande medida, contribuir para a sua legitimidade”³⁰³. Daí que a maximização do desempenho é um objetivo a ser perseguido.

Conrado Hübner Mendes, sob os indicadores do desempenho deliberativo de uma corte constitucional, alude a um conjunto abrangente de variáveis qualitativas que estão em permanente tensão e necessitam ser balanceados e que recobririam três momentos da adjudicação constitucional, sendo os seguintes: (i) preparação da deliberação e todo o processo que antecede e informa o julgamento, cujas preocupações principais seriam a ampliação de uma pluralidade de argumentos e condições materiais que impactam o

³⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344.

³⁰² MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345.

³⁰³ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 346.

juízo, tais como volume de processos e tempo disponível para julgar; (ii) deliberação em si, ocasião em que, por meio da interação argumentativa, se produz a decisão; (iii) aperfeiçoamento do produto da deliberação, isto é, a decisão escrita³⁰⁴.

Os parâmetros qualitativos a serem observados nessas três etapas do processo decisório indicados pelo autor são de dois tipos, gerais e específicos. Os gerais correspondem aos ônus argumentativos a serem observados pela Corte, relativos às fontes genéricas para a formulação de um argumento constitucional, não se confundindo com algum método interpretativo, e que seriam em número de quatro: (i) transparência e sinceridade argumentativas; (ii) densidade e consistência jurisprudencial; (iii) abertura para a deliberação interinstitucional; (iv) atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes³⁰⁵.

Transparência e sinceridade argumentativas significa explicitação das escolhas morais que permeiam a interpretação constitucional e seu imanente processo criativo, o que exige correspondência numa teoria moral consistente. Densidade e consistência jurisprudencial referem-se a um exercício de racionalidade incremental e ao mesmo tempo prospectiva e retrospectiva, onde passado, presente e futuro estão conectados³⁰⁶. A abertura para a deliberação interinstitucional exige superação do senso comum de supremacia judicial e a devida consideração dos atos legislativos como interpretações constitucionais, com a construção de um relacionamento que não seja somente adversarial, mas também deliberativo, uma relação que passa ao largo deste texto. Ter uma atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes importa um olhar para a jurisprudência de cortes internacionais e estrangeiras que lidam com problemas morais e políticos similares. Indicando a importância de conhecer outras experiências de argumentação constitucional³⁰⁷.

Os parâmetros específicos são relacionados a cada um dos três momentos do processo decisório anteriormente mencionados, sendo os seguintes: (i) no momento preparatório, a versatilidade procedimental; (ii) no momento da deliberação propriamente dita, a diversidade

³⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347-348.

³⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348-351.

³⁰⁶ “Esse é um requisito para a criação de uma cultura jurídica sólida, na qual não permanece tudo em aberto, como se, a cada novo caso, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional, ou um compromisso exclusivo com o texto cru da constituição”. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.

³⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349-351.

dos deliberadores e a qualidade deliberativa interna, também chamada de deliberação intrainstitucional; (iii) no momento de produção da decisão escrita, a identidade institucional, com abertura à divergência.

A versatilidade procedimental refere-se ao esforço para incorporar a diversidade argumentativa presente na esfera pública. A diversidade dos deliberadores aponta a composição plural do órgão colegiado. A qualidade deliberativa interna ou deliberação intrainstitucional conecta-se com a maneira como se delibera e a atitude de cada participante ao empreendimento, para ser convencido e mudar de posição e o uso de razões públicas defensáveis. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes:

Numa boa deliberação interna os juízes prestam atenção a todos os participantes, incorporam os argumentos dos outros em seus posicionamentos, seja para aderir ou dissentir. Sua posição final não é formada em casa ou na paz de seu gabinete, mas no fórum público (ainda que o ‘público’ limite-se ao colegiado).³⁰⁸

A identidade institucional, a fazer-se presente no momento da produção da decisão escrita, parte do pressuposto de que deve haver um “esforço de tradução da deliberação colegiada numa decisão supraindividual, que não se confunde com mera soma de opiniões isoladas”³⁰⁹, sem suprir decisões dissidentes.

Em suma, o desempenho deliberativo de uma corte constitucional é o que lhe confere reputação e legitimidade. E isso não ocorre de forma automática ou por acaso, mas depende de uma série de elementos, dentre os quais aqueles acima enumerados. Nos limites desta pesquisa, interessa mais diretamente o parâmetro da densidade jurisprudencial, da deliberação intrainstitucional e também da identidade institucional em virtude da estreita relação com o procedimento decisório de formação os precedentes obrigatórios descritos no capítulo anterior.

Ainda que os demais parâmetros também digam respeito ao procedimento de deliberação como um todo, desde a preparação até a forma como a decisão é externalizada, a análise de cada um deles demandaria o estudo de outros aportes teóricos não abrangidos pela pesquisa, como a consistência das teorias morais que permitissem reconhecer a sinceridade argumentativa, o tipo e o grau de relação institucional que o Supremo Tribunal Federal mantém com os demais poderes, especialmente o Poder Legislativo, além da incursão sobre a

³⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

³⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 353.

abertura da Corte para os precedentes internacionais e estrangeiros e as características ideológicas e teóricas que estariam na base das decisões de cada ministro. Já em relação à versatilidade procedimental, esta depende mais da legislação do que do próprio Tribunal, havendo claras iniciativas para o incremento dos argumentos que devem basear as decisões, como a realização de audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicis curiae*.

A análise dos precedentes obrigatórios realizada no segundo capítulo permite entrever que o parâmetro geral da densidade jurisprudencial é de difícil concretização, uma vez que não se identifica preocupação com a construção de precedentes alinhados com a reconstrução institucional do direito, que projete um olhar para o passado histórico a fim de conectá-lo ao presente e que lance uma visão prospectiva ao futuro, sem ignorar o contínuo desenvolvimento e a possibilidade de mutação.

O modelo agregativo e de votos em série resulta numa coletânea de razões jurídicas e extrajurídicas muitas vezes sem conexão direta com o problema jurídico enfrentado no caso julgado, podendo ser até divergentes e ainda contraditórias. Nas palavras de Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo:

O Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, uma vez que seus julgamentos são determinados pelo resultado da soma do voto de cada um de seus Ministros, sendo irrelevante a fundamentação desenvolvida para que a Corte decida pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Daqui, inferem-se duas carências: unidade institucional e decisões objetivas. Por último, os julgamentos não são palco de deliberação interna, com os Ministros levando votos prontos sobretudo a julgamentos de maior relevância³¹⁰.

No mesmo sentido de que o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas com os argumentos de seus ministros tem se pronunciado Claudia Maria Barbosa e Gilberto Andreassa Junior:

É dever tanto do STJ quanto do STF reunir seus ministros em cada julgamento, a fim de discutir a uniformização da jurisprudência, sendo que todos os votos devem possuir os mesmos motivos determinantes, ou ainda, devem seguir o que Dworkin sugere de “romance em cadeia”. Na realidade, como ocorre na Suprema Corte Norte-Americana, o ideal seria um único voto ser prolatado pelos ministros – ainda que haja divergência -, com o entendimento da maioria. Ademais, o relatório deveria ser o mais completo possível, mormente porque é através dele que a sociedade verifica a situação fática em discussão³¹¹.

³¹⁰ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência** (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015, p. 113.

³¹¹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888.

Isso leva a uma conjuntura denominada por José Rodrigo Rodriguez de jurisdição opinativa, de baixa racionalidade, já que baseada em argumentos de autoridade e personalistas, e pouco transparente³¹².

José Rodrigo Rodriguez bem coloca a questão da fundamentação baseada em argumentos de autoridade:

Ela não tem o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita. Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elementos, qualquer estratagemas. O que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão, e não o padrão argumentativo que a fundamenta³¹³.

A argumentação baseada em argumentos racionais, isto é, que possa ser admitida como “justificação”, é aquela que busca expressar a melhor solução para o caso à luz do direito posto. Nesse sentido, ela não se limita apenas ao aspecto instrumental que é convencer o interlocutor, mas revela igualmente um aspecto não instrumental, isto é, que é a melhor solução para o caso à luz do direito posto. Nas palavras do autor:

A estrutura textual utilizada na argumentação por autoridade é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes de direito³¹⁴.

À invocação da autoridade corresponde um modelo *opinitivo* de decidir que aposta mais no poder simbólico da jurisdição do que na necessidade de que ela se legitime racionalmente diante das partes na ação e na esfera pública mais ampla.

José Rodrigo Rodriguez conceitua como *jurisdição opinativa* aquela cuja decisão não se baseia em argumentos e que não é constrangida por eles. E em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, afirma:

³¹² RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1785 (eletrônico - Kindle).

³¹³ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1237 (eletrônico - Kindle).

³¹⁴ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1358 (eletrônico - Kindle).

O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstruir, claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo. Tal padrão, de fato, é desnecessário, pois a corte decide por agregação de opiniões sem elaborar uma fundamentação unificada de sua argumentação³¹⁵.

Esse caráter opinativo da decisão está bem marcado no precedente analisado no segundo capítulo. Verifica-se que os votos, individualmente considerados, não desenvolvem uma argumentação consistente acerca do conteúdo deontológico do princípio da presunção de inocência. Por outro lado, analisados em conjunto, não é possível construir uma argumentação coerente em torno dos fundamentos determinantes da decisão, já que os argumentos empregados nos votos individuais são diversos e em alguns casos até mesmo contraditórios.

Os modelos deliberativos agregativo e de votos em série também conspiram contra o parâmetro da identidade institucional, uma vez que o produto final, isto é, o precedente obrigatório, não é externalizado como um esforço de tradução da deliberação colegiada numa decisão supraindividual, ao revés, apresenta-se como a soma de opiniões isoladas de cada um dos Ministros participantes do julgamento.

Em relação ao parâmetro da deliberação intrainstitucional, poderia ser dito que, à luz do modelo deliberativo externo e televisionado, também encontra certa deficiência, pois os Ministros seriam estimulados a disputarem entre si. Todavia, neste caso o objetivo de transparência não pode ser desconsiderado. Mesmo assim, um esforço mínimo deve haver para a abertura ao convencimento e mudar de opinião a partir do uso de razões publicamente defensáveis.

3.5 DIFICULDADES APRESENTADAS NO PROCEDIMENTO DELIBERATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A REALIZAÇÃO DA INTEGRIDADE E COERÊNCIA

Conforme exposto no primeiro capítulo, no Brasil não há uma tradição de operar com precedentes tal como ocorre no sistema *common law*. Aqui o termo mais familiar é “jurisprudência” e mesmo ele é mal compreendido, muitas vezes retratado unicamente através de ementas de julgados dos tribunais. Claudia Maria Barbosa e Gilberto Andreassa Junior vão ainda mais longe, compreendendo que sequer é possível falar em um sistema de precedentes

³¹⁵ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1389 (eletrônico - Kindle).

no Brasil³¹⁶:

(...) a ideia de precedente é muito mais complexa do que afirmam grande parte das pessoas e de forma alguma se assemelha às súmulas vinculantes e aos recursos repetitivos. O “sistema de precedentes” no Brasil é, na realidade, uma ficção. Há um conjunto de provimentos vinculantes; nada mais que isso³¹⁷.

São vários os fatores que corroboram esse diagnóstico, os quais vão desde o baixo conhecimento acerca de como implantar o precedente até o modo como são fundamentadas as decisões³¹⁸, passando ainda, na linha do que se expôs no segundo capítulo, pelo modo como os precedentes obrigatórios são produzidos, isto é, pela maneira como são construídos esses precedentes, o que abarca todo o procedimento decisório e, portanto, os momentos pré-deliberação, deliberação e pós-deliberação.

No ponto específico da fundamentação, que se refere à forma como é construída argumentativamente a decisão, portanto, ao modelo de racionalidade jurídica na expressão de José Rodrigo Rodriguez³¹⁹, de uma maneira geral reconhece-se um profundo déficit de racionalidade na formação dos precedentes. Isso acarretaria como consequência a formação de uma zona de autarquia, em que a justificação da decisão tem viés autoritário ou é fundada no poder simbólico por fugirem de padrões de legitimação democráticos.

Zona de autarquia é “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação”³²⁰. Nesse caso, a forma jurídica não passa de aparência para justificar a arbitrariedade, pois prevalece a falsa justificação como pretensa afirmação de racionalidade. Em outras palavras, uma zona de autarquia se caracteriza quando não é possível identificar alguma justificação racional ou regras que organizem a fundamentação da decisão tomada.

³¹⁶ No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito*. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54-55.

³¹⁷ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888.

³¹⁸ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888.

³¹⁹ “(...) consistem em conjunto de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais”. RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2933 (eletrônico - Kindle).

³²⁰ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 3133 (eletrônico - Kindle).

Numa tal configuração, a jurisdição deixa de ancorar-se em mecanismos de justificação e passa a ser opinativa. O modelo de jurisdição opinativa, além do problema da baixa racionalidade, já que baseado em argumentos de autoridade e personalistas, também é pouco transparente. Isso significa que as razões para decidir, além de não serem claras, também não são explicitadas pela instituição, no caso, o Supremo Tribunal Federal³²¹.

O pressuposto de que o direito é intrinsecamente indeterminado leva à compreensão de que o debate sobre as diversas justificativas possíveis para uma decisão precisa chegar a um termo, momento que poderá fundar-se no puro arbítrio, na força simbólica da autoridade do juiz ou legitimar-se democraticamente por meio de um modelo de justificação que pressuponha um discurso racional, capaz de levar ao convencimento³²².

Claudia Maria Barbosa e Gilberto Andreassa Junior, ancorados em Ronald Dworkin, asseveram que a qualidade da fundamentação das decisões, portanto, o modo de justificação dos precedentes, surge no momento em que a decisão possui integridade e coerência, o que não se verificaria com a prática de julgamentos em série e apoiados em ementas³²³, tônica da prática judicial brasileira. E apontam para o processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal e outros tribunais superiores como obstáculo à recepção da teoria dos precedentes tal como desenvolvida no *common law*³²⁴. Como exemplo da ausência de coerência, dentre outros, citam e problematizam o seguinte:

Um simples exemplo é o julgamento da ADPF/54 que admitiu a interrupção de gravidez em casos de fetos anencéfalos.

Apesar da maioria dos ministros acolher a tese principal, todos os votos possuem motivos determinantes diversos. Alguns citam questões jurídicas e sociais, outros questões religiosas, enquanto outros citam questões pessoais ou partidárias.

Em um futuro próximo, quando se discutir de forma aberta a possibilidade de aborto, qual voto prolatado na ADPF/54 servirá de base para a decisão final? O motivo determinante (*ratio decidendi*) do voto de um ministro se sobrepõe ao do outro?

Nessa direção, é de se concluir que o procedimento deliberativo atual do Supremo Tribunal Federal não contribui para o alcance da coerência e da integridade. O modelo

³²¹ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1785 (eletrônico - Kindle).

³²² RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2960 (eletrônico - Kindle).

³²³ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888.

³²⁴ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017, p. 861-888.

agregativo de deliberação privilegia a individualidade dos ministros e, portanto, não favorece a cooperação para a construção de argumentos que reflitam um entendimento genuinamente coletivo. O sistema de votos em série potencializa os efeitos negativos da decisão por agregação, transmitindo aos interessados e à comunidade jurídica como um todo uma argumentação fragmentária e que depõe contra a exigência de coerência.

O caso analisado no segundo capítulo bem retrata essa percepção. O princípio da presunção de inocência é tratado de diferentes perspectivas e com variados fundamentos, muitos deles contraditórios e incompatíveis com a Constituição. Apenas para exemplificar, o Ministro Teori Zavascki, relator, asseverou que a presunção de inocência impede a responsabilidade penal do acusado, ao passo que o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que o princípio da presunção de inocência obsta um juízo de certeza acerca da culpabilidade. Mas se a presunção de inocência afasta a certeza sobre a culpabilidade ou a responsabilidade penal antes do trânsito em julgado, é no mínimo contraditório afirmar em seguida que a condenação em segundo grau, mesmo diante da possibilidade de recurso com potencial para infirmar a condenação, é suficiente para afastar a proteção dada pela garantia constitucional.

O significado do que vem a ser o trânsito em julgado é crucial para a compreensão da garantia decorrente do princípio da presunção de inocência. Os fundamentos utilizados, porém, procuram superar esse marco estabelecido na Constituição por meio de argumentos de ponderação ou valorativos que levam explícita ou implicitamente a reconhecer que o peso da garantia constitucional vai diminuindo ao longo da marcha processual, de modo que no momento em que a condenação em segundo grau é proferida a proteção jurídica conferida pela presunção de inocência praticamente desaparece. Todavia, não é difícil perceber que este pressuposto é falho, pois é possível que o processado tenha sido absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau, de modo que o princípio constitucional já não lhe oferece mais tutela jurídica precisamente em um momento que seria mais necessário.

A decisão judicial não pode ser vista como um ato intelectual isolado, uma atividade solipsista, como se um ato cognitivo exclusivo do julgador. Mesmo diante de um órgão decisor monocrático, a decisão judicial deve ser fruto de um processo discursivo no qual participam o julgador e as partes (discurso interno), e mais amplamente, “como produto de um discurso entre as partes do processo judicial, o juiz e todas as demais instâncias judiciais que participaram do processo (discurso externo)”, assim como da comunidade jurídica como um todo³²⁵.

³²⁵JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 260-262.

A legitimidade da decisão judicial e, portanto, dos precedentes obrigatórios é extraída, em última instância, de sua fundamentação. Mas essa fundamentação não é qualquer fundamentação, no sentido de simples motivação, como defendem os adeptos do livre convencimento motivado. Fundamentação que confere legitimidade à decisão judicial é aquela que permite reconhecer a vinculação da decisão ao ordenamento jurídico como um todo, bem como a sua fidelidade aos comandos emanados da Constituição Federal, e que não seja fruto de solipsismos e discricionarismos, mas construída intersubjetivamente.

No caso da legitimação centrada na fundamentação, como é o caso do Poder Judiciário, o escrutínio da sociedade se dá pela via da fundamentação mesma. Assim, com base em uma decisão concreta, procura-se “saber se o Judiciário levou em consideração todos os argumentos relevantes que estejam em debate naquele momento na esfera pública e, portanto, que podem vir a afetar a decisão final”³²⁶. Mas para isso é preciso que o processo decisório seja conduzido de maneira a permitir não apenas que esses argumentos sejam efetivamente enfrentados e submetidos ao crivo do Tribunal, mas também para viabilizar a compreensão sobre qual são os fundamentos acolhidos ou que prevaleceram no julgamento, a exigir o diálogo entre posições antagônicas e a sincera disposição e contribuição para construir coletivamente o que seria considerado o melhor argumento na ótica do Tribunal, que seria então comunicado às partes, à comunidade jurídica e à sociedade como um todo.

Observa-se, assim, o liame de reciprocidade que há entre a exigência de fundamentação legítima, cuja argumentação é o elemento de sua identificação, e a definição de procedimentos institucionais que permitam essa mesma fundamentação, ou seja, que viabilize a construção de uma argumentação coerente e com pretensão de justificação, em outras palavras, que seja a condição de possibilidade para o reconhecimento da coerência e integridade dos precedentes obrigatórios.

O desempenho deliberativo é um dos critérios para medir a qualidade da democracia, envolvendo tanto a qualidade dos argumentos em jogo quanto o processo de debate. O procedimento decisório, portanto, é um componente crucial para a justificação da decisão judicial e, portanto, para se alcançar os objetivos da coerência e integridade.

Esse dever não está sendo cumprido pelo Supremo Tribunal Federal. E um dos fatores para que isso não ocorra refere-se ao processo decisório atual seguido pelo Tribunal e que abrange os momentos indicados por Conrad Hübner Mendes – pré-deliberativo, deliberativo e pós-deliberativo.

³²⁶ RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 1795 (eletrônico - Kindle).

A qualidade do processo decisório depende de aspectos ligados à transparência e sinceridade argumentativas, densidade e consistência jurisprudencial, abertura para a deliberação interinstitucional, bem como uma atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes³²⁷. Mas também de versatilidade procedimental no momento preparatório, da qualidade deliberativa interna ou da deliberação intrainstitucional no momento deliberativo propriamente dito, além da transmissão de um entendimento que reflita uma identidade institucional, sem prejuízo à divergência, no momento da produção escrita da decisão.

A enunciação de teses de repercussão geral como se fosse o precedente, por outro lado, também precisa ser repensada. Em primeiro lugar porque o sistema deliberativo atual, como se viu acima, não permite que haja a identificação de uma fundamentação coerente passível de ser generalizada para casos semelhantes, imperativo da igualdade. Segundo porque, como adverte Lenio Streck, “não tem sentido falar em vinculação de conceitos jurídicos ou vinculação de ementas jurisprudenciais”, de forma que os verbetes de súmula, assim como as teses de repercussão geral, “acabam se autonomizando da situação concreta, chamemos essa ‘situação’ de *ratio decidendi*, motivos determinantes ou outro nome que se queira atribuir”³²⁸.

É o exame do caso como um todo, à luz da argumentação expendida, “que permite a obtenção de uma resposta adequada da aplicação não somente de uma súmula (vinculante ou não), como de qualquer texto legal”³²⁹ e, por conseguinte, da tese de repercussão geral. Não fosse assim, a técnica do *distinguishing* não passaria de um exercício malfadado e puramente retórico, uma vez que a tese de repercussão geral não permitiria a depuração dos elementos fáticos e jurídicos que sustentam a argumentação jurídica que está na base do precedente, e ensejaria um grave vício às decisões que levassem adiante essa tarefa sem preocupar-se seriamente com os chamados motivos determinantes da decisão, cuja compreensão não pode prescindir do componente fático envolvido na solução do caso³³⁰.

Daí a importância de constrangimentos institucionais para alterar esse quadro de déficit de legitimidade dos precedentes obrigatórios e induzir a busca por coerência e integridade, que é contínua e nunca cessa. Esses constrangimentos institucionais devem

³²⁷ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348-351.

³²⁸ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 727.

³²⁹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 728.

³³⁰ Art. 489, § 1º, V e VI, do CPC.

contribuir para uma análise crítica da própria argumentação desenvolvida pela Corte, isto é, dos fundamentos determinantes do precedente, permitindo-se a avaliação sobre a sua maior ou menor fidelidade à coerência e à integridade, além de estimular uma autocrítica dos próprios ministros, que passariam a ter que dialogar com os demais e com isso substituir cada vez mais a individualidade pela cooperação tendente a alcançar consensos coletivos baseados no melhor argumento, ainda que temporários.

Consequência de uma tal reformulação levaria até mesmo a superar a dicotomia precedentes obrigatórios/precedentes não obrigatórios, pois toda decisão do Supremo Tribunal Federal passaria a ser diretriz segura para a compreensão dos casos que apresentassem certa semelhança, assim como do direito e seu desenvolvimento como um todo.

Assim vistos, os precedentes constituiriam o próprio delineamento dos limites da atuação do Poder Judiciário e da criação judicial do direito, pois, ao lado da Constituição e da legislação, que fixam os extremos da juridicidade no plano abstrato, passariam a estabelecer os contornos do jurídico no plano concreto, isto é, da interpretação da Constituição e das leis, com isso se aclarando as linhas limítrofes da criação judicial, cujo parâmetro, em nosso modelo *civil law*, é a Constituição e as leis³³¹.

Essa é a razão pela qual se justifica a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito para o sistema de precedentes brasileiro, conforme detalhado no primeiro capítulo. O precedente não pode se resumir a uma tese que é enunciada para a solução de casos semelhantes, a ser aplicada por subsunção. Essa perspectiva ignora elementos importantes do *common law* e que são a base para a formação e compreensão do próprio sistema de precedentes. Também evidencia preocupações eminentemente quantitativas e não qualitativas, as primeiras traduzidas na solução de demandas em massa e repetitivas, as segundas consistentes com o desenvolvimento das práticas institucionais e do Direito. O precedente deve ser considerado como um capítulo da história institucional do Direito pátrio, capítulo que pretender ser a melhor interpretação dos princípios constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo. Para alcançar esse objetivo, precisa satisfazer as exigências de integridade e coerência em seu processo de formação, como estudado neste capítulo, como também na fase seguinte em que vai ser interpretado pelas demais instâncias do Poder Judiciário para a solução de outros casos, como estudado no primeiro capítulo, servindo como parâmetro ou paradigma decisório na medida em que se projete como argumento coerente para o julgamento de outros casos, e

³³¹ BARBOSA, Claudia M. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>. Acesso em: 10 out. 2008.

desde que também se revele um fundamento consistente da melhor interpretação dos princípios e regras constitucionais, corolário da integridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro, filiado à tradição *civil law*, não desenvolveu um sistema de precedentes similar ao que é praticado nos países do *common law*. Isso não significa que no Brasil as decisões judiciais, especialmente das Cortes Superiores, nunca tiveram importância, mas apenas que o seu papel era secundário no conjunto das fontes jurídicas que orientam a aplicação do Direito. A lei sempre foi por excelência a fonte para a solução dos casos judiciais. A maior significação das decisões judiciais dos tribunais como critério hermenêutico para os julgamentos somente ganhava relevo diante da identificação de uma jurisprudência, isto é, de um conjunto de decisões que reiteram uma orientação sobre determinada questão jurídica. O passo seguinte era a construção de um enunciado que sintetizasse a ideia central dessa orientação, dando origem a uma súmula, vinculante ou não, que então passava a ser utilizada para a solução de casos semelhantes.

A reforma processual introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 alterou substancialmente esse modelo. Não abandona a ideia de jurisprudência, nem elimina o instituto das súmulas, mas agrega ao sistema jurídico a noção de precedentes, passando a conferir força obrigatória a certas decisões dos tribunais que atendam a um procedimento específico de julgamento, como é o caso das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Embora haja uma lista dos tipos de decisões que são consideradas obrigatórias, a mudança opera por via legislativa uma proposta que já era preconizada pela doutrina como decorrente da própria evolução da prática jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, que levou a um maior protagonismo do Poder Judiciário, redundando na percepção de que as decisões dos tribunais são importantes para a compreensão do próprio Direito, pois expressam os sentidos dos textos legais e dos princípios constitucionais que moldam a sociedade brasileira.

A mudança não resulta no abandono da tradição jurídica de *civil law*. A Constituição Federal continua vinculando o Estado brasileiro ao princípio da legalidade. A lei segue incólume como fonte privilegiada para os julgamentos pelo Poder Judiciário. Mas uma aproximação com o *common law* se justifica pela necessidade de se reconhecer a relevância dos precedentes para a interpretação judicial e para o entendimento sobre os conteúdos da própria Constituição Federal. Daí falar-se no surgimento de um sistema de precedentes, pois esse aumento do grau de importância das decisões dos tribunais para os julgamentos futuros requer um engendramento que seja constitucionalmente adequado e que estabeleça de maneira bastante clara os seus limites e possibilidades. Nesse sentido, a proposta da Crítica

Hermenêutica do Direito afigura-se a melhor para a operacionalização do sistema de precedentes pelas instâncias inferiores, pois trabalha com a ideia de integridade e coerência que deve guiar a compreensão hermenêutica dos precedentes em particular e também da prática interpretativa do Direito como um todo. Assim, atende mais fielmente o objetivo de se valorizar o precedente e dotá-lo de uma força significativa para o julgamento de outros casos, refletindo a melhor interpretação acerca da Constituição. A proposta das Cortes Supremas é limitada porque centraliza a interpretação jurídica nos tribunais superiores, como se estes fossem os únicos capazes de interpretar, contrariando a ideia de um sistema em que se valorizam os precedentes e não apenas teses jurídicas.

Integridade e coerência também são distintivas da legitimidade do procedimento de formação dos precedentes obrigatórios e das decisões judiciais como um todo, e a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, é a que melhor explica o processo interpretativo do Direito baseado nessas exigências. A integridade é o elemento que permite estabelecer o liame do precedente com os princípios constitucionais, revelando a sua melhor interpretação. A coerência é o elemento que conecta o precedente ao conjunto das decisões anteriores, indicando a sua força gravitacional.

O procedimento deliberativo das Cortes é um elemento importante na avaliação sobre a legitimidade das decisões judiciais que se tornarão parâmetros para as demais instâncias do Poder Judiciário. Em primeiro lugar porque o maior grau de desempenho deliberativo leva a ganhos de legitimidade e, portanto, induz ao exercício da busca pela integridade e coerência. Segundo porque o comprometimento com padrões adequados de racionalidade jurídica, desenvolvida por meio de uma argumentação consistente, intransigente com argumentos de autoridade e uma prática decisória de caráter opinativo, conduz à construção de decisões íntegras e coerentes.

O atual procedimento deliberativo empregado na formação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais aqueles considerados obrigatórios, apresenta baixo grau de desempenho deliberativo e de consistência. A prática mais próxima do modelo agregativo e de votos em série tem apresentado obstáculos ao desenvolvimento de uma argumentação que expresse a melhor interpretação do Tribunal sob as questões constitucionais lhe submetidas, o que torna mais difícil a formação de precedentes que possam ser considerados íntegros e coerentes. Diante disso, no plano do desenho institucional, concebe-se a necessidade de constrangimentos institucionais para maximizar o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal, a fim de que aumente o grau de legitimidade de suas decisões segundo as diretrizes que fundamentam o paradigma do Estado

Democrático de Direito, produzindo decisões e construindo precedentes que sejam íntegros e coerentes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do Genuíno Precedente do *stare decisis* ao Precedente Brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-405.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schid Silva. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543

ALONSO, Juan Pablo. **Principios Implícitos y Coherencia**. Disponível em:< <https://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/4eb2aeb8-d133-405d-940c-f48d15bb8e68/Alonso.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 12 jul 2018.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 4^a. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMAYA, Amalia. La coherencia en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos Precedentes e sua Incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e Direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARBOSA, Claudia M. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2006. Disponível em:<

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2008.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Limites e possibilidades da legitimação e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil** [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p. 59-81.

BARBOSA, Claudia Maria. **Os Novos Oráculos da Lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BARBOSA, Claudia Maria. Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro**. Ano 12. Volume 19. Número 1. Janeiro a Abril de 2018, pp. 62-82.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma Introdução à Doutrina dos Precedentes Vinculantes e Obrigatórios. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 147-171, jul./dez. 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea**. 2011. 264 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução de Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 13 out 1941 e retificado em 24 out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 7 jun 2010 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** 21 mai 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 13 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 30 abr 2004 - Edição extra. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-006/2004/Lei/L10.865compilado.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 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**. 20 dez 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 29 mai 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 13 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 01 nov 1999 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 11 ago 2018.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. 6 dez 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 10 ago

2018.

BRASIL. Lei no 9.887, de 7 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: Acesso em: 13 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 72.366. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_72366_ES_1264039356760.pdf?Signature=x5emJKms53quIhg1wzIT92RbHhg%3D&Expires=1535382407&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-ash=e0015d3b14f8e0799151ef6bf9612549>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADC 43 e 44 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, processo eletrônico DJe-043 divulg 06-03-2018 Public 07-03-2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas-corpus 96.095-2, São Paulo. Relatora do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_96095_SP_03.02.2009.pdf?Signature=rdQZG1IxcMhQp7w3q3E5mX0Fb8%3D&Expires=1535383653&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b1e0779744bf1ca11e2928dd036cb4bb>. Acesso em: 11 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 85.886. Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_85886_RJ_1279054883848.pdf?Signature=jHtYjB3lR15to3pq8tQc0Z%2BkcsA%3D&Expires=1535383005&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8341875ef8e3dbbf1777e6685aac4fcb>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 126.292. Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 68.726. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 28 de junho de 1991. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_68726_DF_1278892153607.pdf?Signature=A5yOPdcLD1HXArzyvGDVU33nvU%3D&Expires=1535380180&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e68e86574e06d168136bf0fe74237654>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 74.983. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 29 de agosto de 1997. **Lex:** jurisprudência do STF Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84.078-7. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa8_4078.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no Habeas Corpus: HC 96219 SP. Relator Min. Celso de Mello, relatora do hc nº 115.202 DO Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJe-195 divulg 14 out 2008, public 15 out 2008. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 152.752. Tribunal de Justiça do Paraná, Brasília, DF, 04 de abril de 2018. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacaoConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>>. Acesso em: 25.6.2018

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334-360.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CHUEIRI, Vera Karam; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos**, n.23.

COELHO, André. Deliberacionismo judicial: acerca da legitimidade da decisão judicial. In:

Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/100.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

COMISSÃO INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS - CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Council of Europe F-67075 Strasbourg. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

DICKSON, Julie. **Interpretation and Coherence in Legal Reasoning.** Stanford Encyclopedia of Philosophy. Stanford University, 2010. Disponível em: <<https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 12 jul 2018.

DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 382-397.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximações à metodologia discursiva do direito.** 2ª ed. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ, Taís Schilling. **O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Marcelo Veiga. A Teoria dos Precedentes Judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 520-535.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 169, dec. 1930, p. 161-183.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2014.

KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência** (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

KOZICKI, Katya. **Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 266 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

LEITE, George Salomão. Coerência e Integridade como Critérios de Justificação de Sentenças no NCPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil**:

coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.* Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 214-238.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivum, 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia, Constituição e Consenso. In: OMMATI, José Emílio Medauar et al. (Coord.). **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense: 2015, item 3.3.4 (eletrônico).

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, 2016. Disponível em:< <http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR.,

Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Formas e Sistemas de Governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Os Precedentes Judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263/2017, jan./2017.

OLIVEIRA, MARIA A. J. de S. C.; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari* chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, jan./jun. 2013, p. 121-175. Disponível em: < <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/10>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 136.

PINHEIRO, Guilherme César. A Integridade do Direito e os Enunciados Interpretativos do novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 297-325.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (Coleção O Novo Processo Civil).

PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade**. 2016. 310 f.. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

RAMIRES, Maurício. **A Invocação de Precedentes Jurisprudencial como Fundamentação de Decisão Judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de civil law e common law no Brasil e uma proposta para a sua superação hermenêutica**. 2009. 141

RAZ, Joseph. **The relevance of coherence**. Boston University Law Review, n.72, 1992.

RODRIGUEZ; José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, Posição 2933 (eletrônico - Kindle).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SACHAUER, Frederick. Precedente. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buri de Macêdo. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCARMAN, Lorde Leslie. **O Direito Inglês: a nova dimensão**. Tradução de Inez Tóffoli Batista. Porto Alegre: Fabris, 1978.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buri de Macêdo. In: DIDIER JR, Fredie ... [et al.] (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.

STRECK, Lenio Luiz. Coerência e Integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – A exigência de Coerência e Integridade no Novo Código de Processo Civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Para Além da Retórica, Uma Hermenêutica Jurídica não Relativista. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Juspodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 329-347.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. a.3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

VASCONCELOS, Antônio Gomes; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 8, n. 1, janeiro

VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. Boston: Little, Brown and Company, 1892.

ZANETI JR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2017.