



## DIFICULDADES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES A PARTIR DO CRITÉRIO DE AUTORIDADE<sup>1</sup>

### *DIFFICULTIES FOR THE IMPLEMENTATION OF A THEORY OF PRECEDENTS BASED ON AUTHORITY CRITERIA*

*Shayane do Socorro de Almeida da Paixão<sup>2</sup>*

*Rosalina Moitta Pinto da Costa<sup>3</sup>*

**RESUMO:** O desenvolvimento de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil requer o enfrentamento de algumas dificuldades. Neste trabalho, propõe-se analisar a aplicação dos precedentes judiciais, a partir do Código de Processo Civil de 2015, tendo como ponto de partida a crítica ao critério de autoridade como o principal elemento que justifica a sua aplicação. Conclui-se, observadas as críticas, que pensar em uma teoria dos precedentes, requer a análise do conceito de autoridade do precedente e de autoridade da Corte e o enfrentamento da prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes; autoridade; empirismo; deliberação; dificuldades.

**ABSTRACT:** The development of a theory of judicial precedent in Brazil demands to overcome some obstacles. This paper provides a precedent implementation analysis in civil procedure code of 2015 from a criticism of an authority criterion perspective as an element to justify its applicability. In conclusion, regarding all critics observed in this study, the precedent theory requires an examination of the precedent authority concept and the authority of the Court itself and the confrontation of Supreme Court decision-making technique.

**KEYWORDS:** Precedents; authority; empiricism; deliberation; difficulties.

## 1. INTRODUÇÃO

A determinação de um sistema de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 levanta uma série de discussões acerca da sua aplicabilidade no sistema brasileiro, marcadamente de *civil law*, a partir de um sistema de respeito às decisões de matriz

<sup>1</sup> Artigo recebido em 05/03/2022 e aprovado em 28/04/2022.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestre em Direitos Humanos com ênfase em Processo Civil pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia. (UNAMA). Belém, Pará. E-mail: shayanepaixao@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará- UFPA. Doutorado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Inovações no Processo Civil (CNPq). Belém, Pará. E-mail: rosalina.costa@hotmail.com.



de *common law*. Mas, entre as inúmeras razões utilizadas nas batalhas argumentativas sobre os precedentes judiciais no Brasil, existe o consenso acerca da necessidade de se garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados por meio de um conjunto de decisões mais estável, uniforme, íntegro e coerente.

Examinando-se os vários critérios que poderiam ser suscitados para justificar a aplicação dos precedentes pelos demais juízes e tribunais, observa-se que a autoridade da corte que proferiu a decisão acaba sendo a grande preocupação de parte da doutrina processual, que propõe, inclusive, a reestruturação do Poder Judiciário com Cortes de Precedentes – como o faz Daniel Mitidiero<sup>4</sup> –, de maneira que a autoridade do órgão que proferiu determinada decisão seria a própria autoridade do precedente.

A proposta de reestruturação do Poder Judiciário dividiria as cortes em Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça, cabendo a estas o controle das decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau e àquelas a unidade do direito mediante a formação de precedentes.

Considerando isso, este trabalho analisará duas dificuldades que o sistema de precedentes enfrenta para a concretização da segurança jurídica a partir dos precedentes fixados nos Tribunais Superiores, tendo como pressuposto a necessária correlação entre a análise processual, a teoria do direito e a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal (STF).

A primeira dificuldade diz respeito à teoria do direito e à discussão sobre a justificação de aplicação dos precedentes judiciais com base, principalmente, em um critério de autoridade, pois caberia às Cortes Superiores a função de garantir a unidade interpretativa do direito. As teses jurídicas resultantes desses casos deveriam ser aplicadas pelos demais juízes e tribunais por representarem a última interpretação acerca do conteúdo do direito. Todavia, busca-se mostrar que a preocupação em justificar a aplicação de precedentes por um critério institucional ou de autoridade pode representar uma defesa, consciente ou não, de um empirismo jurídico.

A segunda dificuldade diz respeito à realidade decisória do STF e aos precedentes firmados por essa Corte no contexto de sua deliberação.

Nesse ponto, e ainda considerando a proposição de parte da doutrina processual que sustenta o critério de autoridade como a principal justificativa para a aplicação dos precedentes,

---

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86-93.



mostra-se o STF como uma corte formada por “juízes solistas”<sup>5</sup>, o que dificulta a formação de precedentes que, de fato, representem o entendimento do tribunal sobre determinada matéria.

Desse modo, conceber uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com as proposições de maior segurança jurídica, estabilidade, uniformidade, integridade e coerência, pressupõe, mais que a defesa de aplicação de teses por critérios meramente de autoridade, um olhar atento para as dificuldades teóricas e práticas que a acompanham.

## **2. CRÍTICAS AO CRITÉRIO DE AUTORIDADE COMO ELEMENTO NORTEADOR DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO CPC/2015**

A defesa de um sistema de precedentes figura como uma das grandes saídas para a irracionalidade do sistema jurídico brasileiro, porque garantir a previsibilidade das decisões judiciais é uma premissa fundamental quando se pensa em segurança jurídica, sobretudo no Brasil, marcado por uma intensa falta de uniformidade decisória.

Como saída para esse problema, o CPC, no artigo 926, impôs aos tribunais o dever de manter a sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. Resguardadas as diferenças temporais, os tribunais devem rechaçar o fato de um mesmo tribunal ou até tribunais diferentes sustentarem, ao mesmo tempo, posições distintas sobre uma mesma questão jurídica, devendo estar atentos aos casos de dissidência interna<sup>6</sup>.

O que se propõe nesse caso é que as Cortes de Precedentes (ou Cortes Supremas) sejam responsáveis pela interpretação prospectiva a fim de obter a unidade do direito mediante a formação de precedentes. Essas Cortes devem atuar a fim de guiar as futuras decisões dos tribunais e juízes a ele vinculados, além da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. O seu papel é atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação<sup>7</sup>.

A reestruturação do Judiciário com as Cortes de Precedentes seria uma leitura possível a partir do CPC/2015, pois daria ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça

<sup>5</sup> Metáfora de Conrado Hübner Mendes em MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

<sup>6</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 475.

<sup>7</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 91.



(STJ) a possibilidade de analisar a questão recursal mesmo que tenha havido desistência recursal (art. 998, parágrafo único) e de conhecer recursos desconsiderando vícios formais (art. 1029, §3.º), ao permitir o amplo debate (art. 1038) e ao vincular os órgãos jurisdicionais horizontal e verticalmente às razões dos julgados (art. 927, art. 1039 e art. 1040)<sup>8</sup>.

Esse panorama revelaria que a autoridade do precedente seria a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta. Assim, o fator institucional ou de autoridade é o que o caracterizaria, independentemente do conteúdo da decisão, sendo fonte primária do direito, cuja eficácia vinculante decorreria também da força institucionalizante da interpretação jurisdicional<sup>9</sup>.

Contudo, o critério de autoridade não parece ser o único fundamento para a aplicação dos precedentes, sob pena de se revelar um descompromisso com a formação qualitativa das decisões no que diz respeito à robustez de seus argumentos, já que todas as decisões dos Tribunais Superiores teriam força de um precedente obrigatório<sup>10</sup>, o qual deveria apenas ser seguido pelos demais juízes e tribunais, independentemente das razões que o fundamentam.

Pelo contrário, é preciso entender que um sistema de precedentes não justifica sua aplicação apenas na autoridade de quem proferiu a decisão<sup>11</sup>.

É preciso considerar, ainda, que a celeridade e a resolução de demandas em massa parecem ser o pano de fundo dos argumentos que delegam às Cortes Superiores toda a tarefa da unidade interpretativa do direito, pois a aplicação mecânica das teses firmadas pelos tribunais superiores resultaria em uma simplificação no sistema de decisões, de modo que a atuação dos demais juízes e tribunais restaria mais eficaz no julgamento das demandas repetitivas<sup>12</sup>.

Não obstante as críticas à aplicação mecânica das teses firmadas, é inegável que as decisões sobre casos atuais devem pautar-se por precedentes já firmados, utilizando-os para fundamentar os julgamentos, seja para afirmar sua aplicação, seja para afastá-los do caso

<sup>8</sup> Idem, *Ibidem*, p. 92.

<sup>9</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 95-96.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

<sup>11</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 254.

<sup>12</sup> SOARES, Carlos Henrique; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Utilização antidemocrática de precedentes judiciais*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 12, n. 90, p. 9-26, jul./ago. 2014, p. 16.



analisado, sendo necessário um diálogo com o que foi construído anteriormente, respeitando-se o dever de autorreferência<sup>13</sup>.

A autorreferência é essencial para uma adequada decisão, pois possibilita que a fundamentação não se limite a apontar os casos já julgados que corroboram o entendimento do julgador, mas indica também aqueles que são contrários e, portanto, evidencia as diferenças relevantes para não se aplicar o precedente. Desse modo, resguarda-se a integridade do ordenamento jurídico e atenta-se ao que foi decidido anteriormente, seja para mantê-lo, seja para superá-lo<sup>14</sup>.

Deve-se considerar, também, a unidade do Judiciário, de modo que os precedentes devem ser respeitados tanto em uma perspectiva interna, ou seja, do próprio tribunal, quanto externa, se advindos de outro órgão julgador, resguardando-se o dever de coerência e, havendo necessidade, as mudanças devem ser substancialmente justificadas<sup>15</sup>.

Importa esclarecer, assim, que os deveres expressamente dispostos no artigo 926 do CPC/2015 têm como fundamento assegurar maior segurança jurídica e racionalidade ao modelo decisório brasileiro a partir da garantia de que casos semelhantes serão tratados de maneira semelhante, sendo os precedentes o ponto de partida e não um ponto de chegada interpretativo.

Nesse aspecto, a aplicação dos precedentes necessita ser feita de forma cuidadosa, sob pena de se ter um efeito contrário à proteção dos jurisdicionados. Frisa-se isso, porque o sistema de precedentes no CPC/2015 não conduz a uma simplificação do sistema jurídico com a aplicação de teses, mas, antes, revela a necessidade de uma profunda comparação analógica entre casos para que se consiga encontrar certa similaridade entre eles<sup>16</sup>.

Afasta-se a ideia de um modelo simplista que objetive diminuir a tarefa do julgador quando já existir um julgado semelhante, como se bastasse sua aplicação mecânica, sem uma preocupação cuidadosa com a análise do caso anterior para a replicação no caso presente.

Da mesma forma, em razão do dever específico da autorreferência, não deve o julgador desconsiderar os julgados contrários à sua fundamentação, sendo necessária a sua citação e, assim, uma argumentação que vise afastar esse precedente<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Op. cit.*, p. 475.

<sup>14</sup> Idem, *Ibidem*, p. 475.

<sup>15</sup> Idem, *Ibidem*, p. 477.

<sup>16</sup> VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>17</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Op. cit.*, p.466.



É nesse sentido que o artigo 489, §1.º, inciso V, não considera fundamentada a sentença que se limite a invocar precedentes ou enunciados de súmulas, sem a identificação dos seus motivos determinantes e a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos do julgado anterior.

Diante disso, um sistema de precedentes requer uma profunda análise das decisões para posterior aplicação, exigindo comprometimento e observância de suas fundamentações. O objetivo é permitir que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, respeitadas as devidas diferenciações nas hipóteses de casos diferentes.

Essas diferenciações devem pautar-se por critérios relevantes, de modo que tratar casos como iguais ou diferentes requer encontrar uma razão ou um princípio para o tratamento, pois não há justiça substancial em determinar, por exemplo, que todas as pessoas brancas devem ser tratadas da mesma forma porque são brancas.

Determinar semelhanças entre os casos significa estabelecer um princípio para guiar a sua aplicação, de modo que, ao se decidir que qualquer pessoa que satisfaça um conceito particular de pobreza deve ter direitos especiais de assistência, então A e B, em casos diferentes, mas ambos se adequando ao conceito de pobreza, devem ter o direito ao mesmo tratamento<sup>18</sup>.

Nesses casos, aplicar o mesmo princípio a diferentes pessoas e em diferentes casos não exige apenas que essas pessoas sejam aproximadamente iguais de acordo com o princípio aplicado; exige também que as suas características pessoais e outras circunstâncias sejam irrelevantes para a sua aplicação. Assim, os atos de identificar e de garantir o tratamento de casos semelhantes representam um verdadeiro exercício de gerenciamento de relevância que se distancia da aplicação de teses baseadas apenas no critério de autoridade das cortes superiores<sup>19</sup>.

Não se trata, portanto, de uma simplificação do sistema a partir da seleção dessas teses; trata-se antes do compromisso com a busca de definição das razões e dos princípios que podem tornar-se generalizáveis a partir daquele único julgado<sup>20</sup>. As razões para seguir os precedentes vão além do critério institucional ou de autoridade.

<sup>18</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 175.

<sup>19</sup> Idem, *Ibidem*, p. 175.

<sup>20</sup> Em qualquer sistema jurídico, o precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros se for possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos



Garantir um sistema de precedentes judiciais que tenha por objetivo a segurança jurídica não é buscar técnicas de uniformização interpretativa que visem, ao custo da efetiva participação e do pleno exercício do direito de ação, a falsa ideia da rápida solução dos casos.

### 3. O CRITÉRIO DE AUTORIDADE: UMA VOLTA AO EMPIRISMO JURÍDICO?

O desafio teórico dos precedentes judiciais está em justificar a aplicação das teses resultantes dos julgados das cortes superiores pelos demais juízes e tribunais. Em um contexto de irracionalidade decisória, essa fórmula aparece como um meio de diminuição das demandas, pois evitaria a rediscussão de fato e de direito de inúmeros processos semelhantes, de modo que a *ratio decidendi* de um precedente poderia ser utilizada para julgar “em massa” inúmeras dessas demandas.

Não obstante, amontoam-se críticas às propostas feitas sobre a fixação dessas teses pelas Cortes de Precedentes, às quais caberia “definir a interpretação do texto legal ou dele extrair a norma jurídica válida, o que significa ter poder para atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais<sup>21</sup>”.

O perigo de se definir apenas por critérios de autoridade o que é um precedente está em adotar, mesmo inconscientemente, a postura do “realismo jurídico”, ou melhor, do empirismo jurídico, no qual a decisão do julgador será resultado de sua intuição e não de uma profunda fundamentação que considera os diversos argumentos.

Essa postura de empirismo jurídico, apesar de normalmente chamada “realismo jurídico”, oferece subsídios para decisões desprovidas de fundamentos jurídicos legais<sup>22</sup>. O critério de autoridade sobressalta aqui como o principal fundamento para seguir um precedente.

A distinção crítica entre o que se chama “realismo jurídico” e o que se propõe chamar “empirismo jurídico” está na metaética<sup>23</sup>. O realismo, dentro de uma matriz cognitivista,

---

*sempre* que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 113).

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>22</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 201.

<sup>23</sup> A metaética representa uma divisão da teoria ética. A teoria ética, como um ramo autônomo da filosofia, pode ser dividida em ética normativa e metaética. Enquanto a primeira representa a disciplina filosófica que “teria como objeto próprio a análise das perguntas e respostas que os filósofos fornecem a questões práticas substanciais, tais como as questões éticas sobre aborto, eutanásia, pena de morte e etc.”, a metaética “trata do conjunto de questionamentos prévios – acerca da composição essencial das propriedades éticas, dos enunciados externados



concebe a existência de uma realidade moral objetiva da qual participa o direito e que pode, nesses termos, ser compreendida e analisada.

Já o “realismo jurídico” (que se propõe chamar tecnicamente “empirismo jurídico”) assume como foco central – mesmo pressupondo também uma visão do que é a realidade –, não uma concepção ontológica e robusta de realidade, mas uma visão de que essa “realidade” está restrita à sua dimensão física e empírica, sendo apenas esses elementos fáticos capazes de influenciar a formação do direito<sup>24</sup>.

Assim, a expressão “empirismo jurídico” retrata mais fielmente o movimento doutrinário que “defende uma concepção restritiva de realidade, uma vez que somente é considerado real aquilo que pode ser fisicamente verificado e é, portanto, manipulável pelo agente<sup>25</sup>”. Essa tradição não defende nenhuma forma de realidade moral objetiva, mas apenas a existência de elementos exteriores que estimulam aqueles com autoridade para criar o direito.

A inexistência de padrões objetivos de normatividade<sup>26</sup> é uma marca do não cognitivismo empirista, no qual o conteúdo do direito estaria sempre na dependência de elementos instintivos e intuitivos daqueles que possuem o encargo de dizer o conteúdo final do direito diante de um caso concreto, motivo pelo qual o seu conteúdo jamais seria definido por mecanismos racionais que pudessem antecipar, de forma objetiva, o teor de uma decisão judicial<sup>27</sup>.

Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte norte-americana, entendia, nesse sentido, que toda legislação que é positivada é apenas um fator acidental e não determinante para a compreensão do direito<sup>28</sup>, de modo que as decisões judiciais são construídas independentemente das regras, as quais são utilizadas posteriormente como um “verniz” para uma justificação jurídica ulterior, em uma tentativa de racionalização do processo decisório, que é em si mesmo irracional<sup>29</sup>.

---

nessa seara, dos juízos morais (se são meras falsificações, atitudes emotivas, manifestações opinativas individuais, reflexos de convenções sociais contingentes ou se são crenças que captam de modo verdadeiro ou falso uma realidade moral exterior e objetiva) – que devem ser respondidos a partir da perspectiva adotada pelas mais variadas tradições morais” (FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Idem*, *Ibidem*, p. 23).

<sup>24</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Idem*, *Ibidem*, p. 204.

<sup>25</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Idem*, *Ibidem*, p. 204.

<sup>26</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 240.

<sup>27</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>28</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Idem*, *Ibidem*, p. 211.

<sup>29</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Op. cit.*, p. 243.



O empirismo jurídico norte-americano, do qual é representante Holmes, pode significar para o direito brasileiro um alimento do ceticismo normativo e a excessiva confiança na ideia de um juiz que decida por meio de uma sabedoria prática ou de uma ideia de virtude prudencial da justiça, o que traduz insegurança jurídica, imprevisibilidade e incerteza<sup>30</sup>.

Os precedentes funcionariam, assim, como reflexos de algo que já está na consciência do julgador que definirá a tese, mas não enquanto uma realidade resultante de um “ser no tempo”, que envolve toda uma variedade de experiências fruto de interpretações desenvolvidas ao longo do agir judicial, como seria de compreender-se a partir da tradição da própria jurisdição nacional<sup>31</sup>.

Passa-se a justificar os precedentes alegando-se que “o direito é aquilo que os tribunais dizem que o direito é”, sem que exista uma profunda preocupação com a decisão judicial à luz das normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo<sup>32</sup>.

Há aqui o perigo do juiz-legislador que, ao estabelecer normas gerais a partir da indicação de uma tese, acaba, sob o pretexto de diminuir o grau de equivocidade da lei, formulando também um texto, portanto, passível de interpretação<sup>33</sup>.

Semelhante situação ocorre com a desmedida utilização dos princípios jurídicos, os quais, em vez de estabelecerem parâmetros de atuação para o julgador de acordo com o ordenamento jurídico e considerando a lei positivada, acabam sendo usados como válvulas de escape para subsidiar interpretações que fogem completamente dos parâmetros legais. Nesses casos, a pretexto de se fazer justiça, instaura-se a desordem. A lei que antes era o “verniz” de legalidade dá lugar aos princípios jurídicos.

A justificação da utilização de precedentes não se resume, portanto, ao órgão que decidiu em determinado sentido, mas a uma operação básica de racionalidade humana. Apesar de comumente invocado como uma justificativa moral para a força dos precedentes<sup>34</sup>, o imperativo kantiano de universalidade não parece ser suficiente, uma vez que, como a doutrina

<sup>30</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Idem*, *Ibidem*, p. 243.

<sup>31</sup> GÓES, Ricardo Tinoco de. O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília, DF: Enfam, 2016, p. 158.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 28.

<sup>33</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 26.

<sup>34</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 298.



costuma pontuar, é apenas formal e, portanto, não se preocupa com definições substanciais do agir ou da deliberação.

A razão prática envolve, sem dúvida, uma operação de aplicação das normas jurídicas que depende dos seus aspectos formais, logo, de uma regra de universalidade, mas que deve carregar também um aspecto substancial, ou seja, a direção com retidão para um fim, a justiça.

Esse aspecto substancial está intimamente vinculado à Constituição e à concretização dos direitos fundamentais, vínculo jurídico necessário para fundamentar a operação da razão prática humana.

A racionalidade que uma teoria dos precedentes pode conferir ao ordenamento jurídico por meio da regra da universalização<sup>35</sup> não deve esgotar-se no aspecto formal.

Os demais juízes e tribunais deverão seguir os precedentes não por serem essas regras universais aplicáveis aos casos futuros, mas porque essas decisões, além de universalmente formais, consubstanciam um dever de justiça, um dever moral e uma adequada ordenação da vida social<sup>36</sup>.

Desse modo, seguir um precedente não se restringe a respeitá-lo porque suas razões são universalmente formais, mas porque, além disso, são razões que consubstanciam os deveres de justiça estabelecidos nas leis e na Constituição, o que exige das Cortes uma fundamentação coerente e racional.

Portanto, a definição de teses por Tribunais Superiores sem que haja a preocupação com a fundamentação racional de suas decisões não acarreta uma diminuição do trabalho dos demais juízes e tribunais pela aplicação dessas teses aos casos atuais, mas retira deles o compromisso com a justificação dos precedentes que, em vez de diminuir uma anarquia decisória, apenas a leva em frente.

A falta de preocupação com o conteúdo das decisões, substituindo-se a construção robusta de uma decisão por um critério de autoridade, revela uma volta ao empirismo jurídico, que se utiliza, agora, muito mais dos princípios do que da lei, em uma tentativa de racionalizar o irracional.

<sup>35</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 355-358.

<sup>36</sup> HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 250.



A própria declaração do Ministro Carlos Ayres Britto dá indícios dessa utilização desmedida dos princípios: “Com tantos princípios, eu deito e rolo<sup>37</sup>”.

Não parece tampouco crível que a função prospectiva do precedente constitua certo limite para a atuação discricionária do juiz, que, fazendo parte das cortes superiores, teria liberdade para julgar, mesmo que sob a responsabilidade de uniformização da interpretação infraconstitucional e constitucional, o que incitaria no juiz uma reflexão sobre as repercussões do precedente, fazendo-o agir com mais cautela em relação ao futuro<sup>38</sup>.

Nesse sentido, não se confere razão àqueles que defendem que o direito legislado, em vez de ser um pressuposto, representa um obstáculo à segurança jurídica, pois, segundo defendem, a hiperinflação legislativa, além de impedir o pleno conhecimento das regras legais, substancialmente também não garante a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito.

A previsibilidade, segundo esses argumentos, dependeria não da norma em que se funda a ação, mas da interpretação judicial, sendo evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato<sup>39</sup>.

Essa desvinculação em relação à norma objetiva permite a indagação sobre a garantia de que os Tribunais Superiores não farão precedentes por sua vontade e escolha, construindo sentidos independentemente das leis e da Constituição da República<sup>40</sup>. O rompimento do liame objetivo (lei) representa uma anarquia decisória que se volta, muitas vezes, para a efetivação dos direitos baseada em subjetivismo e ampla discricionariedade judicial, permitindo a substituição de um vínculo objetivo entre o sujeito e o direito, como no caso da proposição “tenho direito à saúde” que passa a ser “quero ter saúde”, a qual expressa uma conexão meramente subjetiva, ou seja, a vontade ou o desejo do sujeito<sup>41</sup>.

A conclusão dessa discussão aponta que, sem o vínculo legal, o termo “direitos” é apenas uma máscara para pretensões carentes de fundamentação racional, pois reduz o direito ao subjetivismo arbitrário para veicular interesses e preferências incapazes de se fazerem valer

<sup>37</sup> RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 81.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.131.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.100.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>41</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 28.



na esfera pública por meio de razões, sendo esse o caminho mais curto para a eliminação das discussões políticas<sup>42</sup>.

Assim, no afã de se buscar a efetividade quantitativa por meio do julgamento do maior número de ações, despreza-se a discussão sobre “como se deve decidir” passando-se para “quem deve decidir<sup>43</sup>”.

A aplicação dos precedentes justifica-se, portanto, não apenas por critérios institucionais ou de autoridade, mas também por razões morais, porque o direito sem a moralidade transforma-se em uma prática arbitrária em que o mais forte cria leis para o mais fraco, visto que perde seu aspecto ideal, da mesma forma que a moral sem a facticidade do direito está em um sistema de saber cultural que não tem qualquer garantia de eficácia<sup>44</sup>.

Nesse mesmo sentido, o modelo de Estado Constitucional exige que seja atendida a pretensão de justificabilidade racional em todo ato de aplicação judicial do direito, no maior nível possível, o que proíbe considerar a “autoridade” dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores.

Desse modo, há uma incompatibilidade entre precedentes absolutamente vinculantes e as exigências de justificabilidade mantidas pelas constituições democráticas, pois haverá sempre a possibilidade, mesmo que teórica, que em um caso futuro as razões expostas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que estão a favor da manutenção dessa mesma regra<sup>45</sup>.

Por fim, é uma ficção pressupor que há sempre uma única *ratio decidendi* nos julgados e que ela inevitavelmente tem uma autoridade absoluta, sendo sempre absolutamente vinculante e resultando em uma separação cristalina entre o que é a *ratio decidendi* e o que é o *obiter dictum*<sup>46</sup>.

Não é difícil ver na prática jurídica brasileira uma grande dificuldade em se estabelecer o que seria a *ratio decidendi* do julgado, havendo, muitas vezes, uma total dissociação entre o que foi decidido e o que foi definido como uma tese jurídica.

<sup>42</sup> Idem, Ibidem, p. 32.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, p. 26.

<sup>44</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 254.

<sup>45</sup> Idem, Ibidem, p. 256.

<sup>46</sup> Idem, Ibidem, p. 258.



Portanto, vê-se que o desafio aqui exposto tem como objetivo demonstrar que a definição de teses jurídicas pelas Cortes de Precedentes responsáveis por dizer o conteúdo do Direito, além de invocar consciente ou inconscientemente um empirismo jurídico baseado em decisões que resultam de intuições, desejos e vontades do julgador, não parece, nesse panorama, fornecer qualquer tipo de diminuição da anarquia decisória por meio do estabelecimento de uma interpretação que visa diminuir o grau de equivocidade da lei.

Pelo contrário, o descrédito e a posterior dissociação de um liame objetivo, representado pela lei, permitem que discursos baseados no subjetivismo das partes sejam acatados e, portanto, ganhem um “verniz jurídico” (na sua maioria, princípios jurídicos) para terem a aparência de decisão jurídica racional.

Confiar às Cortes Superiores a tarefa de definir todo o conteúdo do direito talvez seja delegar-lhes uma tarefa que não podem cumprir, sobretudo pela sua realidade decisória, desafio que será mais bem explicado no próximo tópico.

#### **4. O DESAFIO DELIBERATIVO DO STF: REALIDADE DECISÓRIA COMO OBSTÁCULO À IMPLEMENTAÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES**

A prática deliberativa do STF apresenta-se em sentido oposto aos propósitos de segurança jurídica e de racionalidade decisória visados por um sistema de precedentes, o qual demanda um ambiente de permanente questionamento e discussão, cabendo a cada Ministro expor seus argumentos no colegiado a fim de testá-los, com o objetivo de colaborar com a decisão final do do tribunal.

Ora, conforme se demonstrará, o *modus* deliberativo da Corte Suprema parece desconsiderar tais premissas.

Já se apontou que não há uma preocupação entre os ministros do STF com a construção de um raciocínio jurídico capaz de julgar casos que reflitam o entendimento daquela Corte acerca de determinada matéria de direito: “a Corte é, em uma metáfora musical, não uma orquestra na qual todos os músicos se voltam para o ideal de um melhor concerto, mas apenas solistas imbuídos de virtuosismo individual<sup>47</sup>”.

---

<sup>47</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.



A prática decisória do STF aponta que, principalmente nos casos de grande repercussão midiática, parece haver pouca preocupação em tecer argumentos que possam constituir uma interpretação comprometida com a segurança jurídica dos jurisdicionados, bem como com a diminuição da irracionalidade decisória.

Isso é confirmado pela enfática declaração de um Ministro do STF, quando questionado sobre a prática de levar os votos prontos para as seções: “Difícilmente um ministro vai reconsiderar, porque ele não espera os outros argumentos, ele já põe o ponto de vista dele e ele vai para lá para defender aquele ponto de vista a qualquer preço<sup>48</sup>”.

Elaborar teses como resultados de julgados que representam um embate e não um diálogo no STF não garante a unidade interpretativa do direito. Com efeito, a inexistência ou a inefetividade do debate entre os ministros impede que uma decisão represente a opinião da Corte sobre determinada matéria, sendo o acórdão apenas uma soma de votos<sup>49</sup>, havendo muitas vezes uma dificuldade para definir qual o entendimento da Corte em determinado caso.

Veja-se o caso emblemático do decreto do governador do Distrito Federal proibindo a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes<sup>50</sup>.

O Decreto n.º 20.098, de 15 de março de 1999, disciplinou “as manifestações públicas nos locais em que menciona” e, assim, proibiu a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes, local onde estão os prédios-sede dos três poderes do Estado brasileiro: o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o próprio STF.

A proibição acabaria por impedir o direito de reunião, previsto constitucionalmente, mas estava fundamentada no direito daqueles que trabalham na praça e em seus arredores. Por seu turno, o exercício do direito de reunião, da maneira como está disposto no texto constitucional, configura-se condicionado ao preenchimento de alguns requisitos, de modo que o seu exercício já deve respeitar algumas limitações apresentadas no próprio texto da Constituição.

<sup>48</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015, p. 191.

<sup>49</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 256.

<sup>50</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009, p. 28.



Assim, a questão enfrentada pelo STF poderia ser resumida nas seguintes perguntas: o direito de reunião pode ser restringido por elementos diversos daqueles presentes no dispositivo constitucional? Se sim, quais os limites de tal regulamentação<sup>51</sup>?

Pode-se dizer que todos os ministros identificam o mesmo problema a ser decidido, ou seja, a possibilidade e os meios de restrição de um direito fundamental, como é o direito de reunião. Todavia, reconhecer um mesmo problema não significa que todos irão seguir a mesma linha de raciocínio e a mesma fundamentação das decisões individuais<sup>52</sup>.

Observou-se que, mesmo decidindo pela inconstitucionalidade do decreto, não se pode dizer que o julgamento tenha uma única *ratio decidendi*, isso em razão dos inúmeros fundamentos levantados pelos ministros, o que permite constatar o alto grau de personalismo dos julgamentos. Pode-se falar, inclusive, em uma *ratio* do ministro e em uma argumentação desenvolvida por ele, o que inclui a aplicação de precedentes individuais. Especialmente nos casos que envolvem a aplicação de princípios, não há a possibilidade de extração de uma *ratio* coletiva, institucional<sup>53</sup>.

Nesse caso que definiu a inconstitucionalidade do decreto do governador do Distrito Federal, foram identificadas pelo menos quatro linhas de raciocínio utilizadas para fundamentar as discussões.

Em primeiro lugar, a do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, com os principais fundamentos apresentados na decisão para a determinação da inconstitucionalidade do decreto, o qual afirma, desde o início de seu voto, que o direito de reunião se relaciona com outros dois direitos: liberdade de expressão e manifestação do pensamento<sup>54</sup>.

A *ratio* do voto do relator poderia ser entendida do seguinte modo: a Constituição Federal já dispõe sobre a possibilidade de restrição ao direito de reunião, que só poderia ser aumentada caso a reunião ferisse irreparavelmente direitos alheios. O decreto é inconstitucional em virtude de sua finalidade – a criação de uma nova restrição ao direito de reunião e de livre

<sup>51</sup> Idem, Ibidem, p. 28.

<sup>52</sup> Idem, Ibidem, p. 28.

<sup>53</sup> Idem, Ibidem, p. 31.

<sup>54</sup> Idem, Ibidem, *passim*.



manifestação em razão do exercício do trabalho<sup>55</sup> –, finalidade que é “inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição<sup>56</sup>”.

Um segundo grupo de argumentos é encontrado no voto do Ministro Eros Grau, que também defere o pedido de inconstitucionalidade, mas sua fundamentação é completamente diferente da apresentada pelo Ministro Relator, porque este afirma que a inconstitucionalidade deve-se a uma questão formal, já que a regulamentação de um direito fundamental somente pode ser feita por lei.

O Ministro Eros Grau não faz nenhuma afirmação com relação aos fundamentos apresentados pelo Ministro Relator<sup>57</sup>, entendendo que a inconstitucionalidade formal prejudica a consideração sobre o aspecto material<sup>58</sup>.

O terceiro grupo de argumentos vistos na decisão do caso dá ênfase à proteção da liberdade de expressão em detrimento de eventuais prejuízos que reuniões em locais públicos poderiam causar.

A relação existente entre o direito de reunião e as liberdades de expressão e de livre manifestação das ideias deixaria transparente a preponderância desses direitos sobre os eventuais prejuízos decorrentes de seu exercício.

O argumento está presente unicamente no voto do Ministro Celso de Mello e não deixa expressa a possibilidade ou não de uma restrição legislativa do direito de reunião.

Identifica-se o mesmo problema dos demais ministros, mas a *ratio decidendi* desse voto não inclui as mesmas razões pelas quais o decreto foi julgado inconstitucional pelo Relator<sup>59</sup>.

Em sentido contrário ao voto do relator, é o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que entende que novas regulamentações seriam inerentes à possibilidade de exercício do direito de reunião, havendo uma reserva legal implícita que autorizaria novas restrições ao

<sup>55</sup> Idem, *Ibidem*, pp. 20-30.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. DJe, Brasília, DF, n. 092, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

<sup>57</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. DJe, Brasília, DF, n. 092, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

<sup>59</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Op. cit.*, p. 30.



direito de reunião, independentemente de ser essa restrição um meio de se garantir a efetivação de outro direito fundamental<sup>60</sup>.

Por fim, a quarta e última linha argumentativa, que representaria mais uma *ratio decidendi*, é desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence e julga procedente o caso concreto. O Ministro afirma, porém, que isso não significa uma manifestação a respeito da possibilidade de regulação de direitos fundamentais<sup>62</sup>, pois considera que a vedação do direito de reunião é inconstitucional, seja qual for a modalidade de legislação utilizada<sup>63</sup>.

Observa-se, pelo estudo do caso narrado, a dificuldade na definição da *ratio decidendi* em razão da divergência dos fundamentos, mesmo em votações unânimes, cujo desafio está em definir sobre “qual o problema que estamos decidindo”.

As divergências dão-se quanto ao problema objeto de uma resposta da Corte, do qual decorrem inúmeras teses jurídicas a serem avaliadas. A existência de várias teses não é, em si, o alvo da crítica, já que questões complexas ensejam várias teses; o que se critica é “a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo<sup>64</sup>”.

Constata-se que não há uma deliberação entre os ministros para que cheguem a um acordo, pelo menos, sobre qual é o principal problema trazido pelo caso.

Esse panorama decisório revela a dificuldade da formação de precedentes que sejam fruto de um substancial debate sobre os casos, não havendo clareza sobre o que deve ser entendido como a *ratio decidendi* do julgado, o que impede que tais provimentos sejam corretamente aplicados pelos demais juízes e tribunais.

Verifica-se que o resultado do julgamento é dado pela simples soma da conclusão dos votos proferidos pelos ministros, ignorando-se a questão de saber se há coincidência nos fundamentos de cada voto. Esse modelo chamado *seriatim* resulta em decisões que não refletem

<sup>60</sup> Idem, *Ibidem*, p. 30.

<sup>61</sup> As autoras não identificam o voto do Ministro Gilmar Mendes como mais uma linha argumentativa.

<sup>62</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. DJe, Brasília, DF, n. 092, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

<sup>64</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Op. cit.*, p. 33.



um profundo diálogo entre os integrantes do colegiado, sendo, assim, uma sucessão de monólogos<sup>65</sup>.

Ora, para que a jurisprudência seja uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC/15 deve haver o comprometimento com o conteúdo das decisões, as quais devem refletir a ampla participação da sociedade de maneira efetiva, cumprindo o disposto do artigo 489, § 1.º, inciso IV, do CPC/2015, que disciplina a obrigatoriedade de se enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador<sup>66</sup>.

Motivar racionalmente as decisões representa o vínculo com o Estado de Direito, legitimando a atividade jurisdicional com a exposição clara e coerente de suas razões, e permitindo que essa atividade seja controlada pela sociedade no que diz respeito à comunicação e à informação sobre a aplicação do direito no caso concreto<sup>67</sup>.

Conrado Hübner Mendes propõe que qualquer análise que pretenda verificar se uma Corte Constitucional está cumprindo seus deveres deliberativos deve observar três aspectos: as interações escrita e face a face entre juízes e interlocutores; em seguida, a troca argumentativa entre juízes; por fim, a decisão escrita entregue ao público.

O primeiro aspecto estaria em uma fase pré-decisional, o segundo, em uma fase decisional e o último e terceiro aspecto, em uma fase pós-decisional. Em cada um desses espaços de deliberação, espera-se que a Corte esteja sujeita a padrões deliberativos rigorosos<sup>68</sup>.

Portanto, para cada fase, foi fixado um índice qualitativo que representa a deliberação da Corte Constitucional em cada momento: na fase pré-decisional, definiu-se a “contestação pública”; na fase decisional, definiu-se a “interação colegiada”; na fase pós-decisional, definiu-se a “decisão escrita deliberativa”.

<sup>65</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, pp. 256-257.

<sup>66</sup> Note-se que as audiências públicas, que poderiam representar uma maior abertura ao debate, ainda têm um pequeno poder dialógico dentro da Corte. O seu potencial de qualidade e de legitimidade democrática, bem como a utilização das informações de índole técnica ainda estão muito abaixo do esperado, dando lugar a vícios argumentativos retóricos (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./abr. 2017, p. 266).

<sup>67</sup> DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev., atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 121-139.

<sup>68</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60.



A contestação pública é iniciada “por algum ator político que tenha poder formal de submeter um caso à Corte Constitucional e se encerra quando se esgotam as oportunidades formais para que interlocutores argumentem<sup>69</sup>”.

Esse intervalo possui potencialidades deliberativas relevantes, porque, na prática, a qualidade da contestação pública variará conforme a relevância do caso e a maneira como a comunidade política se mobiliza a respeito.

Os interlocutores compartilham, assim, de responsabilidade pela qualidade da deliberação nessa fase, que requer, em um nível ideal, o efetivo envolvimento de todos os interessados com a apresentação dos argumentos para a Corte. “Interlocutores falam enquanto juízes ouvem e questionam ativamente<sup>70</sup>”.

Já a interação colegiada, segundo índice qualitativo, representa “o ideal de uma Corte deliberativa no que diz respeito à sua fase decisional. É o parâmetro apropriado para disciplinar e avaliar o processo intramuros que ocorre entre os juízes<sup>71</sup>”.

É o momento de interação entre os juízes para tomar uma decisão, cuja deliberação deve representar não um duelo, mas uma escuta ativa para a incorporação das razões dos seus pares, seja para acatar, seja para dissentir em um ambiente de discussão franca.

Caso o acordo substantivo mostre-se impossível, “os predicados formais do estado de direito – tais como a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídicas – podem ser razões de segunda ordem a estimular concessões mútuas<sup>72</sup>”.

Por fim, o terceiro índice diz respeito à decisão escrita deliberativa. Longe de se imaginar que a decisão representa “a virtude dos superpoderes interpretativos que a corte supostamente teria, do que a constituição significa<sup>73</sup>”, é, por sua vez, o produto de um sincero esforço de considerar todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível.

Desse modo, uma corte deliberativa, nessa fase, precisa ponderar a “necessidade de construir uma identidade institucional com o dever de respeitar o lugar e o valor de opiniões dissidentes.

<sup>69</sup> Idem, Ibidem, p. 61

<sup>70</sup> Idem, Ibidem, p. 61

<sup>71</sup> Idem, Ibidem, p. 63.

<sup>72</sup> Idem, Ibidem, p. 63.

<sup>73</sup> Idem, Ibidem, p. 64.



Ela atribui peso especial à autoria institucional, mas não se furta, a depender da circunstância, de exibir eventual desacordo interno<sup>74</sup>. Não se trata de eliminar os desacordos, mas “as divisões, quando persistem, são sérias e respeitáveis, não frívolas e caprichosas<sup>75</sup>”.

Assim, é possível defender a plausibilidade de que a decisão tomada por meio de deliberação gera um melhor resultado do que aquelas proferidas por cortes não deliberativas, sobretudo no que diz respeito à formação dos precedentes.

Sua legitimidade depende, pois, de uma conjugação de fatores em todas as fases da deliberação, contemplando a participação dos interessados, a análise de todos os argumentos trazidos por esses atores processuais e a efetiva colegialidade, permitindo que os fundamentos determinantes das decisões sejam identificados<sup>76</sup>.

Conforme aponta Virgílio Afonso da Silva<sup>77</sup>, o STF é uma corte “não cooperativa e individualista”. Essa não cooperação torna-se evidente na formação dos acórdãos, cuja dificuldade está, inclusive, na definição do problema, conforme se constatou no caso emblemático.

Não se trata, evidentemente, de eliminar os votos divergentes em substituição a uma ilusória unanimidade de entendimento; trata-se antes de um profundo comprometimento com o efetivo debate e deliberação em todas as suas fases, sobretudo na fase decisional e na fase pós-decisional.

A consciência da deliberação é fundamental na busca de um entendimento que consagre o efetivo debate dos ministros, sendo o precedente fruto de um entendimento do STF sobre determinado caso, e a(s) *ratio(nes) decidendi* deve(m) poder ser entendida(s) como o resultado da interativa colegialidade da corte e não apenas como a mera junção de vários votos que divergem não só quanto ao resultado, mas também quanto ao problema que deve ser resolvido pela Corte, o que dificulta a formação de precedentes que possam contribuir para a determinação do direito e sua previsibilidade.

<sup>74</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 64.

<sup>75</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 65.

<sup>76</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, pp. 267-268.

<sup>77</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013, p. 578.



Enfim, a justificação da aplicação dos precedentes pelo critério de autoridade ou institucional parece não constituir a melhor saída para a criação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil.

Afinal, como dotar uma decisão do STF de amplos efeitos se, em alguns casos, não for possível determinar qual é a decisão final? Como influenciar juízes e tribunais se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF? Pode-se afirmar que o STF é capaz de dar uma resposta clara à sociedade quando decide casos difíceis?<sup>78</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar em um sistema de precedentes no Brasil é considerar as inúmeras dificuldades que a sua aplicação enfrenta. A proposta de reestruturação do Poder Judiciário em Corte de Precedentes e Cortes de Justiça tem por finalidade garantir maior celeridade e segurança jurídica aos julgamentos, pois caberia à primeira Corte a unidade do direito mediante a formação de precedentes e à segunda Corte, o controle de decisões tomadas pelos juízes.

Todavia, não se pode observar tal proposição sem aprofundar a discussão sobre a sua viabilidade, pois como pensar na unidade do direito diante de um STF antideliberativo e individualista? Ou como garantir que os precedentes do STF sejam aplicados (porque proferidos pela Corte Suprema) se não há uma clara definição da *ratio decidendi* do julgado? Partindo para um plano teórico, como sustentar que a autoridade do precedente é a autoridade da Corte que o forma sem que isso represente a defesa de um empirismo jurídico?

Todos esses questionamentos mereceram um tópico específico deste trabalho para mostrar que a autoridade dos precedentes não deve decorrer apenas do seu critério institucional ou de autoridade, sob pena de não serem alcançados os objetivos traçados pelo CPC/2015.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>78</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Op. cit.*, p. 26.



- BRASIL. Decreto n.º 20.098, de 15 de março de 1999. Disciplina as manifestações públicas em locais que menciona. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 16 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/36159/Decreto\\_20098\\_15\\_03\\_1999.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/36159/Decreto_20098_15_03_1999.html)> Acesso em: 14 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. *DJe*, Brasília, DF, n. 092, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev., atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília, DF: Enfam, 2016. p. 154-167.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 459-490.



- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.
- SOARES, Carlos Henrique; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Utilização antidemocrática de precedentes judiciais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. 90, p. 9-26, jul./ago. 2014.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.