ADRIANA DE MORAES VOJVODIC

**Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal:
entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**

TESE DE DOUTORADO

Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva
Orientador

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2012

ADRIANA DE MORAES VOJVODIC

**Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal:
entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Área de Concentração: Direito do Estado

Orientador: Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2012

ADRIANA DE MORAES VOJVODIC

**Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal:
entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Aprovada pela Comissão Examinadora baixo assinada.

Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva
Orientador

AGRADECIMENTOS

Agradeço todas as pessoas que participaram de meu desenvolvimento nos anos em que me dediquei a esta tese. Meu amadurecimento acadêmico deve-se especialmente à contribuição de inúmeras pessoas que estiveram presentes nas várias fases que este trabalho envolveu.

Em primeiro lugar agradeço ao meu orientador Virgílio Afonso da Silva, não só pelo trabalho de orientação, mas pela dedicação em construir um ambiente de constante debate acadêmico, pautado na ampla liberdade intelectual e na troca substancial de ideias.

Agradeço ao professor Jeffrey Jowell, da University College London, meu orientador durante o período de estágio no exterior.

Aos professores Diogo Rosenthal Coutinho, Jean Paul Veiga da Rocha e Marcos Paulo Verissimo, membros da banca examinadora de qualificação, pelos comentários, críticas e sugestões que fizeram ao trabalho, além do incentivo e do apoio.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo pelo financiamento concedido para a realização do doutorado.

Agradeço a Roberta Sundfeld e Carlos Ari Sundfeld, por todas as oportunidades e pelos incentivos nos projetos que realizei na Sociedade Brasileira de Direito Público. A todos os colaboradores da sbdp, pesquisadores e alunos da EF, que formam um ambiente de desenvolvimento acadêmico tão rico e instigante.

A Rafael Scavone Bellem de Lima, a Evorah Lusci Cardoso, Joana Zylberstein, Ana Mara Machado, Flávio Beicker e a todos os colegas de orientação que tanto me ajudaram em discussões, seminários, reuniões, conversas e cafés.

A Priscila Pivatto e Daniel Strauss, amigos para todas as horas, por toda a ajuda e pela deliciosa recepção.

Aos grandes amigos franciscanos, Carol Cagnoni, Ana Paula Leoni, Bianca Cruz, Bruna Marrara, Helena F. Fonseca, Denis Doná, Diogo Naves, Eduardo Silvestre, Erik Arnesen, Flávio Andrade, Gabriel Barretti e Francisco Bueno.

Às queridas amigas Débora Maclean, Rebecca Gendler, Sabrina Duran e Silvia Anderson, pessoas que tanto admiro, companheiras de todos os altos e baixos.

A Bruno Ramos Pereira.

E agradeço aos meus pais e aos meus irmãos, por estarem sempre ao meu lado e me apoiarem incondicionalmente.

RESUMO

VOJVODIC, Adriana M.. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Precedentes são decisões anteriores utilizadas como guia para novas decisões. No âmbito jurídico, precedentes funcionam não só como elementos conferidores de segurança e previsibilidade, limitando o grau de discricionariedade dos juízes, mas seu uso também está relacionado à garantia de igualdade. Apesar de serem tradicionalmente colocados em segundo plano quando estudados em sistemas de *civil law*, os precedentes aparecem com grande frequência na fundamentação de decisões judiciais em muitos destes sistemas jurídicos, dentre eles o brasileiro. A fim de determinar qual é o papel desempenhado pelos precedentes na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa voltou-se à análise do papel desempenhado pelos precedentes nas decisões do tribunal envolvendo o conflito, ou a restrição, de direitos fundamentais. A partir da diferenciação de duas funções exercidas hoje pelo Supremo Tribunal Federal, já que nele estão concentradas as funções de última instância do Poder Judiciário e de Corte Constitucional, foram estabelecidos comportamentos esperados do tribunal com relação ao uso de precedentes em cada uma dessas funções. A análise da jurisprudência do tribunal foi realizada em duas etapas. Num primeiro momento, a seleção de um conjunto de decisões do STF relativas ao tema de direitos fundamentais foi seguida pela reconstrução das redes de precedentes nas quais elas se apóiam, método de pesquisa que permite a visualização da jurisprudência da Corte em termos de conexão entre decisões e padrões de citação de precedentes. Em seguida, foi analisado o papel que as citações aos precedentes representavam na argumentação dos ministros, indicando assim qual o peso atribuído às decisões passadas. O conjunto das análises realizadas levou à percepção de que o tribunal atribui uma função específica aos precedentes, fruto de uma visão positivista dessa ferramenta. Assim, a utilização dos precedentes caracteriza-se pela formação de uma jurisprudência de reiteração de soluções, mais do que pela construção argumentativa de *standards* orientadores da atuação judicial em casos difíceis. A consolidação dessa visão positivista de precedentes baseia-se especialmente na necessidade de eficiência da atuação judicial, que se encontra em constante crescimento, sendo solucionada por meio de mecanismos de uniformização da jurisprudência. Se de um lado esse papel atribuído aos precedentes aparece como uma importante solução para a atuação do Supremo Tribunal Federal como última instância do Poder Judiciário, ele deixa lacunas no que se refere à atuação do tribunal como Corte Constitucional responsável pelo desenvolvimento do direito.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal (STF). Precedentes. Jurisprudência. Direitos Fundamentais. Corte Constitucional.

ABSTRACT

VOJVODIC, Adriana M.. *Precedents and reasoning in the Brazilian Supreme Court: binding decisions from the past and guides for the future*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Precedents are past decisions, which are used as a guide for new decisions. Within the juridical scope, the use of precedents not only assures security and predictability, by limiting the amount of judges' leeway, but also helps grant equality. Despite having been traditionally given relative importance when studied in civil law systems, precedents frequently appear in the opinions of court decisions, as in the Brazilian legal system, among many others. In order to determine what the role played by the precedents is in the statements of arguments which introduce the decisions made by the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF), this research focused on the analysis of the use of precedents in the decisions which involve the conflict or the restriction of fundamental rights. Considering the distinction between the two present functions of the STF, since it acts both as Supreme Court and as Constitutional Court, expected behaviours concerning the use of precedents have been identified for each of such functions. The analysis of the former court decisions was conducted in two stages. First, a set of decisions made by the STF, all related to the subject matter of fundamental rights, was selected and the network of precedents on which they were based was reconstructed. Such research method allows for a clear visualisation of the precedents, the connections between decisions and the patterns of citation of precedents. In sequence, the role played by the reference to precedents in the judges' reasoning was analysed, so that the relevance given to the former decisions could be evaluated. The series of analyses accomplished led to the perception that the Court credits a specific function to the precedents, as a result of a positivist view of such tool. Thus, the use of precedents is characterised by a jurisprudence which reiterates solutions, rather than setting argumentative standards to guide judicial action in difficult cases. The consolidation of such positivist view of the precedents is deeply related to the continuously growing necessity to achieve efficiency in the judicial action, which is solved by the use of mechanisms that allow for the standardisation of jurisprudence. So, on the one hand, the role assigned to the precedents provides an important solution for the STF action. On the other hand, though, it leaves blanks in the action of the STF as a Constitutional Court, which should be responsible for the development of Law.

Keywords: Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF). Precedents. Case-law. Fundamental Rights. Constitutional Court.

RIASSUNTO

VOJVODIC, Adriana M.. *Precedenti e argomentazione nel Supremo Tribunal Federal. Fra i vincoli dal passato e i segnali per il futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

I precedenti sono le decisioni anteriori utilizzate per guidare le nuove decisioni giuridiche. Nel diritto, i precedenti hanno la funzione di elementi di sicurezza e prevedibilità giuridica, perché limitano la discrezionalità dei giudici, ma la sua utilizzazione riguarda anche alla garanzia di eguaglianza tra le decisioni. Ciononostante i precedenti non sono tradizionalmente oggetti principali di ricerca nei sistemi di *civil law*, loro sono frequentemente citati nelle giustificazioni delle decisioni giuridiche in diversi sistemi, come il sistema brasiliano. Con lo scopo di determinare il ruolo dei precedenti nella giustificazione delle decisioni del Supremo Tribunale Federale brasiliano (STF), la ricerca è stata guidata dalla analisi dell'utilizzazione dei precedenti nelle decisioni del tribunale sui conflitti o restrizioni dei diritti fondamentali. Partendo dalla differenziazione delle due funzioni del STF, che concentra le funzioni di istanza ultima del Potere Giudiziario e di Corte Costituzionale, sono state stabiliti i comportamenti previsti del tribunale in relazione all'utilizzazione dei precedenti in ogni di queste funzioni. L'analisi della giurisprudenza del tribunale è stata divisa in due fasi. Prima la selezione delle decisioni del STF che riguardavano i diritti fondamentali è stata fatta attraverso la ricostruzione delle rete di precedenti sulla quale esse si appoggiano, metodo questo che permette di vedere la connessione e lo *standard* di citazioni esistente tra i precedenti della giurisprudenza del tribunale. Dopo è stato analizzato il ruolo che le citazioni nei precedenti avevano nella giustificazione dei giudici, in modo da valutare il peso dei precedenti in una decisione nuova. Della totalità delle analisi realizzate se può dedurre che il tribunale assegna una funzione specifica ai precedenti, come conseguenza della visione positivista di questo strumento. Di conseguenza l'utilizzazione dei precedenti è stata caratterizzata dalla formazione de una giurisprudenza ripetitiva di soluzione, invece della sua utilizzazione in modo argomentativo nella costruzione di *standards* con capacità di guidare l'attuazione giudiziale in casi più difficile. Il consolidamento della visione positivista dei precedenti è stata basata specialmente sulla necessità di efficienza dell'attuazione giudiziale, che alla cui crescita costante si risponde con questi meccanismi di standardizzazione della giurisprudenza. Se questo ruolo assegnato ai precedenti se presenta come una importante soluzione per l'attuazione del STF nella funzione di ultimo grado del Potere Giudiziario, esso rende insoddisfacente l'attuazione del tribunale come Corte Costituzionale responsabile dello sviluppo del diritto.

Parole chiavi: Supremo Tribunale Federale (Supremo Tribunal Federal - STF), Precedenti. Giurisprudenza. Diritti Fondamentali. Corte Costituzionale.

SUMÁRIO

1. Introdução	10
1.1. O Supremo Tribunal Federal e os seus precedentes	11
1.2. Juízes e tribunais: coerência, accountability e atuação estratégica	19
1.3. Objetivos e hipóteses da tese	32
2. Precedentes: conceitos e aplicações	43
2.1. O que são precedentes e como eles são usados?	44
2.1.1. Doutrinas tradicionais e o positivismo jurídico	48
2.1.2. Definições de ratio decidendi e concepções argumentativas de precedentes	54
2.2. Afastamento de algumas dicotomias na compreensão do precedente	64
2.2.1. A problemática das fontes e as diferenças de tratamento de precedente no common law e no civil law	67
2.2.2. A vinculação aos precedentes e seu uso nos tribunais brasileiros	79
2.3. Precedentes: conceito adotado e definição dos próximos passos	91
3. Transformações do Supremo Tribunal Federal e as consequências na compreensão do precedente	95
3.1. O Supremo e suas personas	96
3.2. As diversas funções do precedente no Supremo Tribunal Federal	103
3.3. Conclusão	115
4. A identificação dos precedentes por meio das citações	118
4.1. Precedentes: linhas, correntes e redes	119
4.2. Uma leitura dos mapas de precedentes	128
4.3. As redes de citação de precedentes	134
4.3.1. Dispersão de citações	136
4.3.2. A conexão entre decisões na superação de precedentes	147

4.3.3. Citação caótica	155
4.4. Apontamentos sobre citações de precedentes na jurisprudência do Supremo	160
5. A aplicação de precedentes na argumentação do Supremo Tribunal Federal	164
5.1. A argumentação com precedentes	165
5.2. Precedentes na argumentação do STF	171
5.3. A objetivação da regra dos precedentes: a elaboração das súmulas	184
5.3.1. Súmulas e precedentes: uma mesma aplicação?	186
5.3.2. A organização do STF em virtude da elaboração das súmulas vinculantes	189
5.3.3. A identificação dos precedentes e a construção da regra geral na elaboração das súmulas vinculantes	193
5.4. Precedentes na argumentação: validade ou flexibilidade	198
6. O uso de precedentes na consolidação de um tribunal constitucional	202
6.1. O uso de precedentes para a consolidação dos direitos	205
6.2. STF, uso de precedentes e participação na construção do direito	217
7. Conclusão	224
Apêndice metodológico	232
1. A seleção das decisões que formam os mapas	232
2. A elaboração dos gráficos de rede	238
Referências Bibliográficas	243
Casos usados nas redes	256

1. Introdução

Nesta tese de doutoramento tratarei do uso de precedentes na argumentação das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Procuro, com base em uma amostra determinada de decisões, identificar o modo como o STF usa seus precedentes e investigar sobre as possíveis razões para fazê-lo dessa maneira. Mesmo tratando-se de um grupo pequeno de decisões, quando comparado com o volume de processos decididos pelo STF, foi possível elaborar parâmetros de avaliação da jurisprudência do STF a respeito do uso de precedentes, bem como apontar para as consequências que as práticas observadas geram para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional.

À primeira vista, o uso de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal pode não parecer objeto de grandes controvérsias. Por tratar-se de um sistema inserido na tradição de *civil law*, o precedente judicial acaba recebendo uma conotação de elemento auxiliar na construção do direito, apresentando um papel unicamente persuasivo na fundamentação das decisões judiciais, sem qualquer capacidade de vincular o comportamento das cortes e dos juízes em decisões semelhantes. Por possuir esse caráter não essencial na conformação do direito brasileiro, pouco poderia ser dito – e exigido – sobre a aplicação de precedentes nas decisões judiciais deste tribunal.

Não é esse o posicionamento adotado pelo presente trabalho. Mesmo tratando-se de um sistema de *civil law*, o precedente aqui será abordado de maneira menos normativa, no sentido de averiguação sobre a existência ou não de uma obrigação de se seguir a orientação decorrente das decisões passadas provenientes de cortes superiores, e mais empírica, buscando, antes de mais nada, mapear o modo como os precedentes são utilizados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Será a partir do modo como esse tratamento se dá na prática que estabelecerei possíveis leituras desse uso e analisarei criticamente o modo como essa ferramenta argumentativa é usada pela corte constitucional brasileira.

Início o presente capítulo com três exemplos recentes de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais certamente a preocupação com os precedentes da corte não se enquadra em uma concepção meramente auxiliar do papel das decisões

passadas nas novas tomadas de decisão. A pretensão neste momento é que os exemplos aqui apresentados possibilitarão ilustrar o contexto no qual a tese se debruça. Em seguida, apresento três justificativas para o estudo do precedente no sistema jurídico brasileiro e, por fim, os objetivos e hipóteses da presente tese.

1.1. O Supremo Tribunal Federal e os seus precedentes

Da grande e crescente lista de casos difíceis¹ e polêmicos decididos pelo Supremo Tribunal Federal nas últimas duas décadas, um chama especial atenção. Iniciado em meados de 2004 e ainda hoje sem decisão final, o julgamento da ADPF 54 – que questiona o entendimento de que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é vedada pelo Código Penal – voltou em 2008 à pauta do tribunal². Neste mesmo ano foram realizadas quatro audiências públicas no STF³, ouvidos grupos e entidades representantes de diversos interesses e um número expressivo de *amici curiae* foi recebido pelo relator. Todos querem tomar parte nas deliberações de um caso tão sensível.

A razão de seu retorno à pauta do STF é uma das mais relevantes para as investigações propostas por esta tese. Em 5 de março de 2008, após audiências públicas no tribunal, iniciou-se o julgamento da ADI 3510, que avaliou a constitucionalidade das pesquisas científicas realizadas em células-tronco embrionárias. Após alguns meses, depois de pedidos de vista e muitos debates, o tribunal decidiu, por maioria, indeferir o pedido presente na ação, confirmando a constitucionalidade do artigo de lei questionado, mantendo a possibilidade do desenvolvimento de pesquisas a serem realizadas com esse

¹ Os casos difíceis, ou *hard cases*, podem ser entendidos nos termos como colocados por Ronald Dworkin: casos para os quais não há uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, e que por conta disso conferem ao juiz maiores possibilidades interpretativas. São, assim, casos limítrofes, que não contam com uma resposta simples. Sobre a teoria dos casos difíceis de Dworkin, cf. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, especialmente p.127-203. Para diferentes posicionamentos sobre os deveres do juiz diante de um caso difícil ver capítulo 2, a seguir.

² A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54 teve seu julgamento liminar terminado em 2004. Monocraticamente, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, permitiu a interrupção da gravidez nesse tipo de circunstância. Sua decisão, no entanto, foi cassada pelo pleno do tribunal ainda no mesmo ano. Desde então a ADPF 54 não voltou a julgamento, não havendo até o momento decisão definitiva. Mesmo assim a ação é constantemente citada nas listas de casos importantes e sua decisão é sempre tratada como uma pendência na pauta da corte.

³ As audiências públicas ocorreram nos dias 26 e 28 de agosto de 2008 e 04 e 16 de setembro de 2008.

tipo de material.⁴ Em 31 de maio de 2008, apenas dois dias após o término do julgamento do caso das células-tronco, o Ministro Marco Aurélio fez a seguinte afirmação: “Agora, (...) creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar e, creio, autorizar a interrupção da gravidez de anencéfalos”⁵, deixando evidente não só a conexão que existe entre o conflito de direitos presente nas duas ações mas também a necessidade de tomar uma decisão consciente do comportamento da corte em um passado recente.

Assim, ao deixar claro que “o julgamento do processo das células-tronco embrionárias aplainou o terreno”⁶ para a retomada do caso dos anencéfalos, o ministro deixa explícita a relação entre os dois casos e pressiona o tribunal como um todo a tomar a nova decisão levando em conta o que foi decidido no caso das pesquisas em células-tronco.

A relação entre os casos é grande e não é vista somente pelo Ministro Marco Aurélio. O fato de o caso dos anencéfalos (ADPF 54) já contar com uma decisão liminar fez com que essa decisão servisse, em alguns pontos, de precedente para a decisão do caso da liberação das pesquisas com células-tronco. Assim, vê-se uma situação de retro-alimentação entre os dois casos, nos quais um ponto já decidido no passado repercute em uma nova decisão. Como exemplo da referência realizada pelos ministros, em diversos pontos da decisão da ADI 3510 o modo como a temática do conteúdo do direito à vida foi abordada no caso dos anencéfalos é usado como precedente para a nova decisão:

“Como afirmei, no julgamento da ADPF nº 54-MC, ‘no instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (*res*) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito. Naquela hipótese, tratava-se de vida plena, posto que pré-natal; nesta, cuida-se de algo sobre o qual o ordenamento jurídico franqueia disponibilidade, de um lado, e, de outro, determina proteção’”.⁷

⁴ A ação questionava a constitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). O artigo tornava possível, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

⁵ Em entrevista realizada pelo colunista do jornal Folha de São Paulo, Josias de Souza, em 31.05.2008, disponível em: http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/arch2008-05-01_2008-05-31.html (último acesso em 11/11/2011)

⁶ Idem.

⁷ Ministro Cezar Peluso, ADI 3510.

Em outros momentos, a futura decisão definitiva, a ser tomada na ADPF 54, é tratada como o passo seguinte no raciocínio dos ministros:

“Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos.”⁸

A similaridade do tema central dos dois casos, os limites e as restrições ao direito à vida, aproxima a argumentação desenvolvida nas justificações e desperta nos ministros um diálogo entre os casos.

Diante desse comportamento da corte, no qual novas decisões parecem ser tomadas respeitando-se os parâmetros estabelecidos anteriormente em uma decisão precedente, algumas perguntas podem ser elaboradas a fim de se compreender o modo como o STF usa sua jurisprudência. Seria essa uma atitude frequente no tribunal? Os ministros costumam aproximar casos semelhantes a fim de darem respostas coerentes a problemas jurídicos parecidos? Ou ainda, costumam os ministros aproximar casos diferentes a fim de darem respostas coerentes para problemas jurídicos diferentes? O tribunal vê essa aproximação como uma obrigação na construção de sua jurisprudência ou o uso de precedentes segue uma lógica menos normativa e mais estratégica? Em resumo, quando e como o tribunal respeita suas decisões anteriores?

A menção à relação entre os casos ADPF 54 e ADI 3510 pode sugerir um cenário animador para aqueles que exigem coerência e transparência na construção de parâmetros decisórios claros do tribunal. No entanto, muitas vezes esse cenário deixa de existir, indo para direções contrárias, como é o caso da segunda situação que apresento.

A ADI 3324, decidida em 2004, questionava a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, que possibilitava a transferência *ex-officio* de alunos entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vagas, quando se tratasse de remoção ou transferência de ofício de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, que levasse à mudança de domicílio.

⁸ Ministro Gilmar Mendes, ADI 3510.

A questão discutida na ADI 3324 girava em torno da possibilidade de alunos egressos de universidades privadas poderem ser transferidos, sem passarem por nenhum tipo de processo seletivo, a universidades públicas, nos casos em que o município para o qual fossem transferidos não dispusesse de entidades privadas de ensino superior.

A decisão do relator, o Ministro Marco Aurélio, pauta a linha de argumentos desenvolvida pelos demais. Fundamentando seu voto na isonomia, que não permite que um tratamento desigual entre indivíduos decorra de critério injustificado, o ministro soluciona o caso adotando o “princípio da congeneridade”, ou seja, a transferência de alunos deveria, na sua opinião, respeitar a natureza – pública ou privada – das universidades das quais estes mesmos alunos são egressos. A transferência *ex-officio* de alunos entre universidades de diferentes naturezas configuraria tratamento não isonômico, não sustentado pela Constituição. A solução fundamentada no princípio da igualdade apresentada pelo relator é acatada pelos demais ministros e a decisão se dá por unanimidade.

O uso do princípio da igualdade em um caso em que se discute acesso ao ensino superior faz, no entanto, com que alguns ministros sintam a necessidade de discutir as implicações da decisão que acabavam de tomar. É significativa, nesse contexto, a afirmação do Ministro Nelson Jobim:

“... acompanho o Relator, mas faço um pequeno registro no sentido de que, adotando o princípio da igualdade, não me seja utilizado este argumento quando, eventualmente, este Tribunal vier a discutir a questão de cotas de negros nas universidades”⁹.

E reitera essa posição em um segundo momento:

“Estou dizendo que acompanho a linha sobre o argumento do princípio da igualdade, mas faço o registro de que esse argumento não me seja cobrado quando, eventualmente, este Tribunal discutir o problema das cotas de negros ou de indígenas nas universidades. Isso é para evitar problemas.”¹⁰

A discussão sobre a aplicação do princípio da igualdade em casos futuros envolvendo o acesso às universidades, na opinião de alguns ministros, deveria ser feita como se a ADI 3324 não existisse. Ela não serviria, nesse sentido, para estabelecer marcos para a discussão, elementos assumidamente certos que funcionariam como ponto de partida para

⁹ ADI 3324.

¹⁰ ADI 3324.

novas decisões. Usando a analogia feita pelo Ministro Marco Aurélio na relação dos casos referentes ao direito à vida, na circunstância do STF ter de julgar futuramente um caso envolvendo cotas de acesso à universidade, a ADI 3324 não contaria com qualquer poder de pressão para os ministros, de acordo com o entendimento do Ministro Nelson Jobim.

Aparentemente, o caso da transferência entre universidades não “aplainou o terreno” ou sequer permitiu que o Supremo se tornasse mais maduro para futuros julgamentos relativos a essa temática. Nesse sentido, a decisão tomada pelos ministros seria válida somente para a solução do caso presente, não tendo gerado qualquer ônus para futuras tomadas de decisão. O interessante de se contatar é que esse posicionamento foi oposto ao que ocorreu no caso das células-tronco, em que o STF decidia um caso com a consciência de que ele serviria como base para o futuro.

Esse tipo de ressalva não ocorre somente nesse caso, sendo observada em algumas ocasiões na jurisprudência da corte, mas ela mostra muito precisamente o tipo de relação que em alguns momentos o Supremo parece ter com suas decisões: elas parecem ter data de validade, só se aplicando no momento em que são tomadas e não servindo de guia para casos futuros. As opiniões dos ministros e suas manifestações estão circunscritas no tempo e não devem extrapolar os limites do caso decidido. Aparentemente essa é uma relação com precedentes bem distinta da declarada no caso do direito à vida e coloca em dúvida qualquer conclusão que poderia ser obtida neste caso sobre aplicação de precedentes no STF.

Uma terceira e última ilustração sobre a referência feita pelos ministros aos precedentes do tribunal pode ser vista em um conjunto de decisões que tratam da constitucionalidade da prisão do depositário infiel. O esforço dos ministros nessas decisões em apresentar de uma maneira sistemática os precedentes da corte – a fim de alterarem um entendimento já consolidado – corrobora uma percepção de que a alteração na jurisprudência deveria ser feita de forma clara e muito bem justificada¹¹.

¹¹ Para uma análise mais aprofundada dos casos referentes à alteração da jurisprudência sobre a prisão do depositário infiel ver Adriana Vojvodic, Ana Mara Machado e Evorah Cardoso, “Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e processo decisório no STF”, in *Revista Direito GV*, São Paulo 5(1), jan-jun 2009, p. 21-44.

Essas justificativas permitiram que um conjunto de decisões sobre o mesmo tema e tomadas em um único dia¹² reverterse um entendimento consolidado que há anos era adotado pelo STF. Logo de início, a grande quantidade de precedentes que confirmavam a compatibilidade da prisão do depositário infiel com a Constituição de 1988 é apresentada pelos ministros que pretendiam decidir em sentido contrário. Segundo o ministro Gilmar Mendes, por exemplo, o HC 72131 – um precedente de 1995 – havia inaugurado, após a Constituição de 1988, o entendimento de que diplomas normativos de caráter internacional integram o ordenamento brasileiro com o caráter de lei ordinária¹³. De acordo com a decisão deste *habeas corpus*, o Tratado de San Jose da Costa Rica, que proíbe a prisão civil do depositário infiel, não teria a capacidade de derrogar a legislação especial brasileira que previa essa possibilidade. A manutenção deste entendimento é explicitada pelos ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que citam diversos precedentes que sustentavam esse posicionamento.

Mesmo diante da clara posição adotada pelo Supremo ao longo dos anos, o ministro Gilmar Mendes questiona a validade de tal interpretação, sinalizando para a necessidade de se ponderar se essa jurisprudência, diante de um novo contexto de abertura do Estado Brasileiro a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos, não teria se tornado defasada¹⁴. Essa clareza na alteração do posicionamento da corte fica ainda mais evidente no voto do ministro Celso de Mello que, após ouvir as opiniões dos ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, muda seu entendimento sobre a matéria, concordando com a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, defendida pelo ministro Gilmar Mendes¹⁵.

Assim, a alteração da jurisprudência da corte é vista com naturalidade pelos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes: “a evolução jurisprudencial sempre foi uma

¹² Os RE 466.343, RE 349.703 e HC 87.585 foram decididos pelo pleno em 03/12/2008.

¹³ RE 466.343

¹⁴ RE 466.343. A clareza com que o Ministro afirma a necessidade de superação do entendimento passado é expressa em diversos pontos da decisão: “Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”, p. 47

¹⁵ “Após longa reflexão sobre o tema em causa, (...) julguei necessário reavaliar certas formulas e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente das leis ordinárias.” RE 466.343, p. 124.

marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional”.¹⁶ Ela não implica o reconhecimento de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos, mas reconhece e reafirma a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade marcada pela complexidade e pelo pluralismo. A par dos detalhes específicos da matéria em julgamento, o que fica claro a partir da análise dos votos proferidos nessas decisões é a constante necessidade que os ministros sentem de citar exaustivamente os precedentes da corte para então justificarem, também largamente, o fato de não seguirem esses precedentes tão abundantes e consolidados.

A impressão que fica, a partir da análise desse caso, é de uma corte que tem grande respeito por suas decisões passadas e que, apesar disso, não se sente constrangida ao mudar de opinião se entende que as condições sob as quais as decisões originais foram tomadas não mais se apresentam no contexto atual de avaliação. O caso da alteração da jurisprudência sobre a prisão civil do depositário infiel apresenta um tribunal consciente de seu posicionamento relacionado à matéria e que sabe que o desvio com relação a esse posicionamento não pode ser feito de modo pouco claro. A alteração deve ser explícita e amplamente justificada.

Diante do modo como os precedentes foram tratados nesse caso, é possível questionar se essa justificativa, que pode ser entendida como o respeito do tribunal aos seus precedentes, é regra no cenário jurídico brasileiro. O respeito aos precedentes é entendido aqui como a atitude de considerar, nas novas decisões, o que já foi decidido pela corte, ainda que para fins de superação do que foi decidido anteriormente, como é o caso das decisões sobre a prisão do depositário infiel. Mais especificamente, a questão que se coloca é se esse posicionamento respeitoso poderia ser facilmente encontrado na jurisprudência da corte.

A comparação entre os três casos aqui apresentados parece não confirmar essa tendência. Ainda que a diferença entre os casos e as circunstâncias nas quais suas decisões foram tomadas sejam bem distintas, o que se pretendeu tornar evidente aqui são as diferentes referências e abordagens aos precedentes, que demonstram uma forma não uniforme de tratamento que o tribunal dá as suas próprias decisões. Numa futura decisão

¹⁶ RE 466.343, p. 148.

sobre a possibilidade de aborto de anencéfalos, os comentários até agora feitos parecem indicar que haverá referências à decisão do caso das células-tronco. Seja para se apoiar na decisão tomada, seja para afastar a sua aplicação ao caso novo, parece muito difícil que os ministros ignorem a existência dos debates e conclusões existentes na decisão precedente.

No entanto, o exemplo presente na decisão sobre igualdade na seleção de alunos de ensino superior, na circunstância de transferência *ex officio*, sugere que o tratamento dos precedentes da corte não segue um padrão único¹⁷. Desse modo, faria sentido questionar em quais situações as decisões do STF formam ou não precedentes, que orientarão suas decisões futuras? Uma possível pergunta a ser feita seria sobre se é correto dizer que no STF há decisões que formam precedentes e outras que não formam. Em outras palavras, o STF respeita seus precedentes independentemente de seu conteúdo, exclusivamente pelo fato de haver decisões da corte sobre determinados temas, ou segue uma linha mais branda, exemplificada no caso da transferência de alunos universitários, em que se reconhece que alguns casos não devem figurar como precedentes para casos futuros¹⁸?

A averiguação sobre a existência de um padrão único de uso de precedentes na corte poderia apresentar respostas mais precisas sobre esses questionamentos. Além disso, outro ponto possível de ser desenvolvido nesses termos é sobre quem tem a responsabilidade de escolher o tratamento a ser conferido a uma decisão passada: aplicá-la ou não em casos futuros é uma escolha que se encontra nas mãos do juiz que toma a primeira decisão, ou

¹⁷ O único voto proferido no julgamento da ADI 3330, que questiona a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (PROUNI), é o do relator, Ministro Carlos Britto. Nenhuma referência à decisão tomada na ADI 3324 foi feita nesse voto, que decide pela improcedência do pedido, declarando a constitucionalidade da lei que institui o programa. Depois desse voto, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos e a ação segue sem decisão final. Nos dias 3 a 5 de março de 2010 ocorreu no STF a Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Sobre a audiência pública: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa> (último acesso em 11/11/2011)

¹⁸ Pode-se entender, por um lado, que a manifestação feita pelo ministro expressa, inclusive, uma atitude de respeito aos precedentes do tribunal na medida em que ele se antecipa a uma eventual crítica de contradição quando, para ele, os casos de transferência de alunos e reserva de quotas não são comparáveis de modo simples. É importante ressaltar, no entanto, que essa situação hipotética, em que há decisões formariam precedentes enquanto outras não, é diferente do afastamento de precedentes para a solução de casos concretos. Essa possibilidade, chamada de *distinguishing*, consiste no reconhecimento de que os precedentes existentes na jurisprudência não se aplicam ao caso novo em virtude de alguma diferença presente entre os casos. Essa atitude, o afastamento da aplicabilidade de um precedente, é perfeitamente coerente com uma cultura de respeito a precedentes, pois permite apenas que o juiz, diante de um caso novo, indique os elementos juridicamente relevantes para a não utilização de um precedente. A manifestação do ministro no caso da transferência de militares, entretanto, não se enquadra nessa situação de *distinguishing*, já que o ministro realiza a priori e em tese, o afastamento do precedente. Ele não se encontra diante de um novo caso concreto, mas apenas antecipa seu posicionamento em um eventual caso de quotas, afirmando que sua decisão não forma um precedente.

seja, nas mãos do juiz que forma o precedente, ou está nas mãos daqueles que futuramente se depararão com um problema de características semelhantes, o juiz que aplica o precedente? Todos esses questionamentos podem ser resumidos pela pergunta: qual é a regra de aplicação de precedentes no Supremo Tribunal Federal? Será essa pergunta que norteará o desenvolvimento da presente tese, aplicada a uma amostra de julgamentos do Supremo. Antes, porém, de apresentar os objetivos e hipóteses da tese indico a seguir quais são as premissas adotadas aqui com relação a tipos de abordagens ao tema dos precedentes judiciais.

1.2. Juízes e tribunais: coerência, accountability e atuação estratégica

O que justifica a preocupação com o modo de aplicação de precedentes pelo STF se não fazemos parte de um sistema jurídico em que a aplicação do direito se baseia no *case law*? De fato, se o que tradicionalmente vincula os atos dos cidadãos e do Estado são regras postas pelo legislador de forma pública, organizada e sistematizada – e em alguns casos até codificada – não parece fazer muito sentido nos preocuparmos com o tipo de tratamento que nossos tribunais, e nesse caso particular o STF, dão a decisões judiciais precedentes, com relação aos efeitos que elas geram na decisão de novos casos. A prática corrente de um sistema de *civil law* nos permite uma menor referência e deferência às decisões judiciais, já que elas não se incorporam ao sistema jurídico da mesma forma como as decisões judiciais o fazem num sistema de *common law*. Não são elas as primeiras responsáveis por traduzir os princípios jurídicos e explicitar direitos e obrigações dos indivíduos e do Estado. Em nosso sistema essa tarefa está primordialmente nas mãos do legislador.

No entanto, isso não faz com que tribunais possam agir da forma como bem entenderem em cada caso que lhes é apresentado. A aplicação da Constituição e das leis pelas cortes deve se dar de modo organizado e controlado. O uso organizado do precedente pode, dessa maneira, ser justificado de diversas formas, independentemente da tradição jurídica à qual os tribunais estejam vinculados, como um meio de garantir não só segurança jurídica, previsibilidade e isonomia, mas também como uma forma de controle

da atuação judicial. A seguir apresento três razões pelas quais precedentes devem ser levados em consideração, razões que não se restringem a um só tipo de sistema jurídico: avaliação da coerência por meio do controle argumentativo, *accountability* e atuação estratégica das cortes.

O desenvolvimento do direito constitucional, não só no Brasil, aponta para a tendência de se dar ao judiciário a tarefa de concretizar o trabalho iniciado pelo legislador¹⁹. Este, limitado por elementos espaciais e temporais²⁰, cria normas gerais e abstratas - sejam elas regras ou princípios, passíveis potencialmente de serem aplicadas em um sem número de situações hipotéticas, o que confere ao juiz a necessidade de individualizar a prescrição genérica a um caso concreto e nada hipotético, a uma situação de fato. Em outras palavras, a construção de regras jurídicas pelo legislador envolve um mecanismo de generalização que permite que ela seja aplicada a diversas situações. Essa generalização, entretanto, gera como consequência a inclusão de situações não ideais no campo de aplicação da regra e, ao mesmo tempo, exclui algumas outras nas quais sua aplicação seria ideal. A existência dessas situações não ideais não são falhas de algumas regras, mas uma característica do seu modo de ser. A calibração no caso a caso cabe ao judiciário, que deve alterar o trabalho do legislador somente em casos extremos²¹.

Essa tarefa de individualização da previsão legal, no entanto, não se limita à aplicação individual de uma regra às partes que eventualmente se encontram em conflito. Pelo contrário, no momento em que fixa uma interpretação de determinada norma a um caso concreto, a ação do juiz revela-se mais abrangente. No caso de princípios

¹⁹ O constitucionalismo contemporâneo, também chamado de neoconstitucionalismo, tem seus traços característicos definidos nos últimos cinquenta anos, como afirma Miguel Carbonell no prólogo de sua coletânea sobre o tema. Simplificadamente, pode-se dizer que o modelo está relacionado a duas questões primordiais: “o desenvolvimento de fenômenos evolutivos que geraram evidentes impactos no que se convencionou chamar o paradigma do Estado constitucional e (...) a uma determinada teoria do direito que, em um passado recente, preconizava por essas mudanças.” (tradução livre) Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p.10. No Brasil, Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.240, 2005, p.1-42 e, para uma crítica ao modelo, Dimitri Dimoulis, Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica), Artigos Direito GV, Working paper n. 17, 2008.

²⁰ Tais restrições são apontadas por Neil MacCormick, em *Retórica e o Estado de Direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

²¹ Essa concepção de elaboração de regras está presente em Frederick Schauer, *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life*, Oxford UP, 1991.

constitucionais, o papel complementar²² do judiciário²³ – e em especial do tribunal constitucional – se dá na criação de sub-regras, verdadeiras restrições, condicionamentos ou regulamentações de princípios constitucionalmente garantidos, cujos efeitos extrapolam a resolução de um caso individual já que restrições feitas a direitos fundamentais devem ser aplicadas igualmente a todas as situações semelhantes.

Essa atuação incisiva dos tribunais sobre o conteúdo dos direitos é aceita por uma grande quantidade de autores, pois é encarada como parte das atribuições de um juiz, e não algo que só deve existir quando há lacunas deixadas pelo legislador²⁴. O juiz, criador típico dessas sub-regras – ou normas adscritas conforme a terminologia utilizada por Alexy²⁵, é visto como complementar da atividade normativa parlamentar agregando elementos com base em uma lógica argumentativa, em lugar da lógica majoritária, que rege a ação do legislador. Com base nessa diferença de atuação também se desenvolvem diferentes formas de controle do trabalho de cada uma das esferas de decisão estatal.

A garantia dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, elementos essenciais de regimes democráticos, têm seu exercício específico resguardado por instituições já consolidadas no atual constitucionalismo. Parlamento e Corte Constitucional são instâncias decisórias da sociedade e atuam sobre ela de modo diferenciado e complementar, sendo a jurisdição constitucional o espaço em que os ideais democrático e constitucionalista se acomodam²⁶. Em certo sentido, o tribunal constitucional resguarda os

²² Expressão utilizada por Diego Eduardo López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, in *Revista de Derecho Público*, n. 15, 2002, p. 3.

²³ O autor por excelência de regulamentações dos princípios constitucionais é o legislador. Longe de retirar seu papel essencial, o que se afirma aqui é a recente adoção dessa tarefa também pelo poder judiciário, que, diante da já mencionada incapacidade do legislador em prever todas as circunstâncias de aplicação de uma norma, em especial um princípio, vê a necessidade de concretizar ainda mais os preceitos normativos abstratos.

²⁴ A possibilidade de criação e utilização de precedentes somente quando há lacunas no direito é constantemente repetida na literatura brasileira que trata do tema. Assim, o precedente ou a jurisprudência como um todo são vistos como meios de integração do direito, aperfeiçoando e complementando a lei, como afirma Rodolfo Mancuso, em seu *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2. ed. São Paulo: RT, 2001. Para o autor, a jurisprudência, assim como a doutrina, aparece como meio suplementar de integração do direito.

²⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (Trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008. Essa visão do juiz como criador de sub-regras é tratado no caso específico da aplicação de precedentes por Thomas da Rosa Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial – o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, tese de doutorado apresentado à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

²⁶ Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 10.

direitos de minorias e garante um mínimo de justiça substantiva, potencialmente ameaçados em um regime em que a única responsável pelas decisões políticas fosse uma instituição que represente a maioria²⁷.

Assim, ao lado da legitimidade democrática das instituições parlamentares estaria o poder contra-majoritário dos tribunais, compostos por membros não escolhidos diretamente pelos cidadãos. Essa característica de proteção aos direitos confere, segundo o modelo adotado pelas constituições vigentes, o poder da última palavra às cortes constitucionais. Cabendo a elas o papel de avaliar a constitucionalidade do trabalho desempenhado pelo legislador ordinário, transfere-se a outro ator a responsabilidade pelo final das controvérsias jurídicas e políticas²⁸.

Ao tratar de forma clara a possibilidade de abuso desse poder que foi atribuído aos tribunais constitucionais, a teoria jurídica elaborou métodos de interpretação, cuja finalidade seria o controle racional da decisão judicial, diminuindo as possibilidades do abuso de seu poder por meio de arbitrariedades. A construção teórica de formas de controle das cortes constitucionais baseia-se na ideia de que a deliberação e a sua consequente tomada de decisão é limitada argumentativamente²⁹.

A despeito de não se tratar de um enfoque tradicionalmente utilizado em nossa cultura jurídica, o papel que a argumentação desempenha em uma decisão judicial não

²⁷ Essa visão sobre a Corte Constitucional não é aceita por todos. Para uma crítica ao aspecto anti-democrático das cortes e ao desrespeito que elas representam ao direito de participação nas decisões, cf. Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999.

²⁸ O poder da última palavra é usado aqui de modo simplificado. Diversos autores refutam a existência dessa última palavra. Os temas, que são deliberados e decididos por uma instituição – o parlamento, por exemplo –, tornam-se conteúdo de novas deliberações e decisões em outras instituições – as judiciárias, por exemplo. O diálogo, no entanto, não pára por aí. Na visão de um constitucionalismo dinâmico, esses conteúdos voltam a ser deliberados em seus locais originais, que depois de decidirem transferem o *locus* de decisão para outras instâncias da esfera pública. A despeito de tratar-se de tema importante, que de certa forma se relaciona com o objeto dessa tese, o assunto não será aqui desenvolvido por não ser o objeto do estudo. Para um maior aprofundamento no tema, cf. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 e Conrado Hübner Mendes, *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, 2008. Essa ideia pode ser contraposta ao entendimento de que na compatibilização entre as atividades de interpretação feitas pelo juiz e pelo legislador ao regulamentar normas constitucionais, o que vale mais é o que disse o legislador, pois foi democraticamente escolhido pelo povo. A defesa do direito de auto-governo do povo, verdadeira autoridade para a tomada de decisões, chama a atenção daqueles que foram acostumados a ver no controle de constitucionalidade feito por um tribunal algo natural, um problema que poderia ser tranquilamente mitigado na cobrança de maior transparência e coerência na argumentação do tribunal. A crítica a esse modelo está em diversos autores, entre eles Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999; Thomas Poole, *Questioning common law constitutionalism*, *Legal Studies* 25, 2005, p. 142-163.

²⁹ Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, op.cit., p.10

deve ser desprezado. Pelo contrário, quanto maior é o peso que se confere à qualidade da argumentação das cortes judiciais, menor o espaço que se deixa à discricionariedade do juiz. Quando forçado, em função das práticas e técnicas da comunidade jurídica em que se insere, a sustentar razoavelmente suas decisões, de modo – por exemplo – a explicitar seus pressupostos e pontos de partida, a dialogar com seus precedentes, ou a desenvolver uma linha de raciocínio clara e coerente, mais o juiz fica vinculado às razões nas quais o discurso jurídico se pauta, conferindo assim, não só maior transparência, mas segurança jurídica e igualdade, exigências de um ordenamento democrático.

Essa tarefa de sustentação argumentativa da regras criadas pelo legislador é compreendida pelo próprio STF, no momento em que toma suas decisões. Na decisão da ADI 3510, mencionada anteriormente no caso das pesquisas em células-tronco embrionárias, o Ministro Gilmar Mendes reforça a ideia de que o papel do STF no controle de constitucionalidade consiste na fundamentação argumentativa das decisões políticas tomadas em outra esfera do poder estatal: “Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, ‘o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente’”³⁰.

³⁰ ADI 3510, p.4 do voto do ministro Gilmar Mendes. Em seguida, o ministro cita trecho de trabalho do autor mencionado: “O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.” Robert Alexy, Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set 1999. A representação argumentativa dos tribunais, ponto bastante controverso e que demanda maiores aprofundamentos, também não será aqui privilegiada. A qualidade argumentativa como forma de garantir a legitimidade do tribunal é exigência suficiente para a compreensão do papel da argumentação na justificação. Para maior aprofundamento no tema, cf, entre outros, Robert Alexy, “Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonel, Miguel (org), Madrid: Trotta, 2005, 2.ed., p.31-48

Apesar dessas manifestações, que poderiam indicar uma maior maturidade do tribunal em vista da responsabilidade de fundamentar argumentativamente escolhas tomadas no âmbito de outros poderes do Estado, as atitudes dos ministros parecem muitas vezes ficar restritas à enunciação das tarefas no tribunal, não refletindo necessariamente um produto mais bem estruturado de elementos que fundamentam as decisões do tribunal.

Assim, ainda tendo em vista a decisão do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3510, a afirmação de que a abertura do STF a diversos argumentos, provindos de diferentes esferas e que se inserem no procedimento de tomada de decisão do tribunal, consiste na legitimidade democrática mencionada pelos autores, citando especialmente Alexy, parece deixar explícita a confusão que se faz entre os argumentos trazidos por diversos atores à deliberação e a absorção de tais argumentos ao conteúdo das decisões do STF.

A transcrição do seguinte texto deixa mais clara essa característica:

“Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. (...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.(...) Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.”

Com tais afirmações o ministro restringe a legitimidade democrática e seu controle em função da abertura do tribunal a esses diversos argumentos, mas não à possibilidade de controle qualitativo da decisão tomada, por meio da análise de sua própria argumentação. O que se insinua, por meio desse discurso, é a absorção automática do pluralismo e do

diálogo expostos nos argumentos das partes interessadas pela justificação apresentada pelos ministros³¹.

Assim, a análise do uso do precedente pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que envolvem restrição a direitos fundamentais, foco da tese, pode ter como premissa a possibilidade que essa ferramenta argumentativa oferece para estipular critérios úteis à avaliação do desempenho argumentativo de cortes constitucionais. Ao permitir a verificação da existência, ou inexistência, de coerência decisória do tribunal no tempo, o precedente pode ser encarado como um dos elementos certificadores da qualidade argumentativa na tomada de decisão. O precedente é uma das formas que o tribunal dispõe para relacionar passado, presente e futuro, na construção de conteúdos sólidos dos direitos fundamentais.

O tribunal, nos dias de hoje, encontra-se cada vez mais aberto à atuação de uma pluralidade de indivíduos interessados em seu processo de tomada de decisão. Essa abertura, no entanto, não pode ser confundida com a automática incorporação dos novos elementos trazidos ao debate. Essa incorporação depende da transferência dos elementos argumentativos à fundamentação das decisões tomadas pelo STF, num real esforço de justificação dessas decisões. A simples abertura do tribunal não é sinônimo de uma maior carga argumentativa, ou de uma necessária melhora na qualidade dessa argumentação. A abertura pode ser encarada como instrumento potencial de agregação de qualidade à justificação das decisões, importante de ser inserida ao procedimento de tomada de decisão de uma corte constitucional que cada vez mais toma para si a responsabilidade de fixar entendimentos e conteúdos acerca do texto da Constituição. Mas pode também ser um instrumento meramente simbólico, em que pouco ou nada impacta as decisões individuais dos ministros ou suas dinâmicas antes e durante a sessão de julgamento.

Ou seja, o que se deve ter em mente, é que tal abertura não é, por si só, indicativo de maior qualidade argumentativa, ou, em outras palavras, não confere maior carga de legitimidade democrática às decisões. Isso se dá somente com a tradução desses novos argumentos no momento da justificação. Assim, o respeito aos precedentes pode ser encarado como uma das formas de *accountability* do judiciário, em função da possibilidade de controle do desenvolvimento do direito feito pelas cortes.

³¹ Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, op.cit., p.18

Existe, no entanto, um certo tipo de resistência à aplicação do termo *accountability* ao trabalho desenvolvido judiciário e à função que ele desempenha na divisão dos poderes³². Isso porque tradicionalmente o conceito de *accountability* foi entendido como uma relação de comando-e-controle, no qual a autoridade chamada a prestar contas de sua ação ou omissão está em uma posição de subordinação e sujeita a sanções. Como definitivamente esse não é o caso do judiciário, pode haver uma certa incompatibilidade em adaptar o conceito de *accountability* aplicando-o à conduta de juízes e tribunais. Seria, segundo esse ponto de vista, impossível garantir a independência do juiz, dado que ele deva responder individualmente por suas decisões. Isso minaria o princípio da independência do juiz, colocando em xeque a função judicial. Entretanto, o próprio conceito de constitucionalismo inclui a necessidade de controle da atividade de qualquer um dos poderes do Estado, entre eles o poder judicial³³. Na visão de uma corrente que tenta conciliar esses conceitos – independência judicial e *accountability* – mecanismos de *accountability* já fazem parte do trabalho das cortes e do entendimento que temos de suas funções. A exigência de sessões públicas, a obrigação de decisões fundamentadas e publicadas em formato escrito seriam elementos que garantiriam o controle da atividade judicial e que já fazem parte de nosso entendimento sobre como cortes democráticas devem funcionar. Deste modo, se usado de uma maneira mais ampla e flexível, o conceito de *accountability* hoje inclui o controle da atuação judicial, sem apresentar incompatibilidade com o respeito ao princípio da independência judicial³⁴.

Uma noção mais ampla de *accountability*, mais facilmente aplicável à atividade judicial é bem trabalhada por Andrew Le Sueur³⁵. Além de estabelecer diferentes tipos de *accountability* judicial, distinguindo entre *accountability* individual dos juízes e

³² Para um mapeamento dos argumentos usados por aqueles que são favoráveis e contrários à aplicação do termo *accountability* ao poder judiciário ver: Andrew Le Sueur, “Developing mechanisms for judicial accountability in the UK”, in *Legal Studies*, 24, 2004, 73-98;

³³ Cf. Daniela Piana, Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality, in *Comparative Sociology* 9, 2010, 40-64. Vernon Bogdanor. “Accountability and the Media: “Parliament and the Judiciary: The Problem of Accountability”, February 9th 2006. Disponível em http://www.ukpac.org/bogdanor_speech.htm

³⁴ Nesse sentido afirma Daniela Piana: “O ponto é que um melhor conhecimento dos mecanismos pelos quais juízes são responsabilizados pode prover uma avaliação perspicaz do modo como comportamentos judiciais e institucionais afetam a qualidade da democracia”, (tradução livre), Daniela Piana, *idem*, p.43

³⁵ Andrew Le Sueur, “Developing mechanisms for judicial accountability in the UK”, *op.cit.*

accountability das cortes como instituições³⁶, o autor diferencia mecanismos para assegurar *accountability*, que podem variar entre mecanismos formais e informais, incluindo nessa última categoria a avaliação das decisões e dos juízes pela mídia e pela academia³⁷. Ao lado dessas categorias, diferentes níveis de *accountability* podem ser identificados. Cada um desses níveis de controle se relaciona à identificação dos elementos que podem ser atribuídos à responsabilidade dos juízes. Isso porque a atividade dos juízes é na verdade a soma de uma multiplicidade de tarefas, sendo a mais óbvia delas a atividade de decidir casos. Mas a variedade de formas de como esses casos são tratados, o tempo dedicado a cada um deles, o tipo de procedimento adotado em cada um deles e a solidez dos argumentos apresentados para a solução de cada um sugere que para cada um desses - e de outros - tipos de atuação do juiz ou da corte deve haver um tipo de avaliação possível de ser feita. Assim, ao avaliar a probidade de juízes e cortes no desempenho de suas atividades, o controle das finanças da corte e dos gastos individuais de cada juiz está em jogo. A exposição desses gastos, via publicação anual de gastos ou fiscalização por órgão de outro poder, são modos de verificar a responsabilidade da corte em um nível administrativo.

Para além desse nível administrativo, o controle da atuação dos juízes pode ser mais intrusivo, tocando mais profundamente em áreas sensíveis ou áreas fins da atuação judicial. Um exemplo disso seria um controle de desempenho, no qual a corte poderia ser exigida a prestar contas da quantidade de casos decididos anualmente e das justificativas pelas quais alguns tipos de casos são decididos mais rapidamente que outros. Nesse caso, o que estaria em avaliação é o gerenciamento das decisões.

³⁶ O peso que se dá a cada tipo de controle (individual ou da corte) depende da visão que se tem da corte que em avaliação. O STF, por exemplo, dificilmente pode ser tratado como uma corte que possui uma voz institucional forte. O seu modelo de funcionamento fomenta o a elaboração de múltiplas decisões individuais para a solução de cada caso. Diante desse tipo de corte, um controle sobre a atuação individual dos juízes estaria na disciplina da conduta pessoal de cada um, apresentação de decisões individuais fundamentadas, explicações sobre pontos de vista pessoais sobre o direito e a constituição apresentadas em palestras públicas e entrevistas com a imprensa ou academia.

³⁷ Alguns exemplos de *accountability* via processo formal seriam: publicação de razões escritas para as decisões da corte, direito de apelar para cortes superiores (tratando-se aqui do controle das cortes inferiores) e a publicação de relatórios anuais. Já a *accountability* via ações informais da sociedade civil poderia se dar por meio de relatórios apresentados sobre os julgamentos da corte na mídia, comentários acadêmicos sobre determinadas decisões ou sobre a conduta da corte em geral, e a promoção, por organizações profissionais legais, de educação relacionada à função judicial e sua atuação, entre outras ações.

O processo de tomada de decisão também pode ser objeto de controle público, já que alterações no modo de conduzir sessões, distribuir casos, apresentar decisões pode alterar o resultado final de diversos casos. Uma justificativa acurada de cada procedimento, que leve em conta as possíveis consequências de sua adoção aumenta a capacidade de controle do órgão, ao mesmo tempo que diminui sua independência na tomada de decisão sobre quais procedimentos adotar. Um grau mais elevado de controle estaria na avaliação do conteúdo das decisões e é nesse nível de avaliação que o uso do precedente está inserido. O controle da atuação judicial é incrementado se se torna possível identificar quais decisões constituem elementos paradigmáticos na construção do direito pela corte. Nesse sentido, além do resultado das decisões tomadas pela corte, o controle de sua atuação estaria também na possibilidade de análise e compreensão do modo como as decisões são tomadas. O caminho argumentativo, consolidado na fundamentação das decisões, se acompanhado por observadores especializados, serve de ferramenta para o controle da atividade judicial pois permite que as bases decisórias do tribunal fiquem explícitas também pelo olhar de outros (e não apenas nos julgadores).

Por fim, além dos argumentos de *accountability*, relacionando o respeito aos precedentes a exigências de controle da atuação do tribunal, existem formas políticas e estratégicas de entender e avaliar o uso de precedentes por uma corte. Assim, o respeito aos precedentes pode ser entendido como um elemento que determina o modo como as decisões atuais de uma corte serão recebidas no futuro pela comunidade jurídica e pelas cortes. Isso porque a importância reconhecida pelo STF aos precedentes que ele cria hoje está intimamente ligada à relevância que a corte de hoje dá às decisões passadas³⁸. Segundo esse ponto de vista, existe no uso de precedentes uma atuação estratégica da corte a fim de defender a autoridade e a legitimidade de suas decisões. Nesse sentido, além de agirem conforme suas preferências, os juízes agiriam pautados por algumas regras, tanto formais quanto informais. Mesmo descontente com sua própria jurisprudência, por exemplo, a corte não poderia superar todas as decisões anteriores com as quais não concorda. Agir dessa forma possivelmente enfraqueceria a legitimidade e autoridade da corte, reduzindo com isso o impacto de suas decisões. É nesse sentido que ao se colocar

³⁸ Para uma análise do uso estratégico dos precedentes da Suprema Corte Americana ver, por exemplo, James F. Spriggs, Thomas G. Hansford, Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent, in The Journal of Politics, Vol. 63, No. 4., Nov., 2001, pp. 1091-1111.

vinculada às decisões passadas, a corte fomenta o respeito das suas próprias decisões no futuro. Incrementando o direito e, de certo modo, prestando atenção aos precedentes, a corte maximiza a probabilidade de suas decisões terem um maior impacto no futuro. Desta maneira, juízes reconheceriam que, para garantirem o impacto e a força de suas decisões, devem eles mesmos conferir força e autoridade às decisões passadas³⁹. Por trás dessa atuação estaria o entendimento de que não há como esperar que cortes futuras respeitem o trabalho de uma corte se ela mesma não respeita o trabalho desenvolvido anteriormente.

Um exemplo dessa atuação estratégica pode ser encontrada quando juízes afirmam que adotam uma certa decisão para os casos mesmo quando discordam do resultado, deixando evidente que estão concordando com o direito feito pela corte, pela maioria dos demais juízes, ainda que essa não seja sua preferência individual. Nesses casos seria perfeitamente possível que o juiz que discorda votar pela dissidência, mas ao preferir seguir o que já foi decidido pela corte em algum momento passado ele permite que a decisão da qual ele participa estabeleça um precedente mais forte para o futuro⁴⁰.

Assim como a superação de precedentes poderia ser encarada como um fator de enfraquecimento da autoridade da corte no estabelecimento de novos precedentes, a apresentação de decisões claras e objetivas também se insere entre os fatores que conferem maior ou menor probabilidade de uma decisão ser usada futuramente para a solução de casos semelhantes. Decisões controvertidas, com muitas opiniões contrastantes, tem uma menor probabilidade de estabelecer-se como precedente, dada a dificuldade de se compreender o ponto exato que ela defende ou ataca.

Nesse sentido, o modelo de atuação estratégica proposto por Fowler e Lupu⁴¹, adota como premissa o fato de que durante o processo de elaboração dos votos, os juízes da Suprema Corte comportam-se como decisores estratégicos, escolhendo dentre suas opções

³⁹ James Fowler e Yonatan Lupu, “The strategic content model of Supreme Court Opinion writing”, op.cit., p.10 e ss

⁴⁰ Esse comportamento, no entanto não é comum, e isso é evidenciado por Frederick Schauer. Ele se coloca em uma posição cética com relação ao funcionamento genuíno do *stare decisis*, afirmando que na prática decisória da Suprema Corte norte-americana tal grau de adesão ao *stare decisis* é rara. Segundo o autor, “Juízes da Suprema Corte cujas visões foram rejeitadas pela maioria dos seus colegas frequentemente continuam a aderir àquelas visões vencidas em casos subsequentes - o fenômeno de dissidência persistente - com isso afastando a ideia de *stare decisis* e os constrangimentos dos precedentes” (tradução livre). Frederick Schauer, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?” (The Henry J. Miller Lecture), 24 Ga. State L. Rev., 381, 2008

⁴¹ James Fowler e Yonatan Lupu, “The strategic content model of Supreme Court Opinion writing”, op.cit

de voto aquelas que mais se acomodariam ao total de votos da maioria, a fim de evitar uma dispersão de argumentos e consequentemente votos não completamente alinhados à maioria, o que faria com que a decisão tomada se tornasse menos provável de ser utilizada como precedentes em casos futuros dada a dificuldade de se compreender o que a maioria da corte decidiu⁴². O uso de precedentes pela corte, nesse sentido, cumpre duas funções simultaneamente. Ele permite que o juiz que é responsável pela redação da decisão pondere dois objetivos relacionados: escrever uma decisão majoritária que mais proximamente reflita seu próprio raciocínio e que se baseie nos precedentes de sua escolha, e escrever uma decisão que estabeleça um forte e duradouro precedente, minimizando o número de votos adicionais escrito por colegas e maximizando a maioria que forma a decisão da corte.

⁴² Algumas das diferenças entre o processo decisório da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal devem ser apontadas. Apesar de ter sido criado nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos, o STF apresenta diferenças no seu processo decisório que afetam não só o modo como o tribunal funciona, mas principalmente a forma como suas decisões se constroem. No STF, a distribuição dos processos entre os gabinetes se dá automaticamente, sem passar pela escolha de qualquer ministro. Cada processo é enviado a um ministro, que fica responsável pela relatoria do caso e pela elaboração do seu voto individual. Na sessão de julgamento o relatório é lido, bem como o voto do ministro-relator. Segue-se então a votação dos demais ministros, sempre seguindo a ordem do ministro mais recente na casa para o mais antigo. Note-se que não há espaços para discussão entre os ministros além das sessões de julgamento e que, salvo circunstâncias especiais, o relatório do ministro relator é o único contato que os demais ministros têm com o caso em julgamento. Esse modo de decidir afeta o resultado das decisões, o que já foi apontado por autores e por pesquisas acadêmicas. Para uma reflexão sobre o processo decisório do Supremo cf., entre outros, Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública” *Revista de Direito Administrativo* 250, 2009, p.197-227. São características do processo decisório do Supremo a (...) “quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, (...) inexistência de unidade institucional e decisória, (...) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal.” Esse modelo coloca ainda grande ênfase na posição do relator que, apesar de ter o mesmo peso na votação, acaba orientando a decisão dos demais ministros. De acordo com a pesquisa “Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e a estrutura das decisões”, 90% das ações examinadas foram decididas pelo STF com fundamentação única, ou seja, a maioria do Tribunal adotou como fundamento apenas os argumentos apresentados pelo relator do caso. Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, disponível em <http://www.observatoriodostf.org.br/acoes>. O procedimento adotado pela Suprema Corte americana, apesar de ter inspirado o modelo brasileiro apresenta diferenças substantivas. Ela adota, assim como o STF, um modelo de deliberação externa (na diferenciação feita por John Ferejohn & Pasquale Pasquino em 82 Tex. L. Rev. 1671 (2003-2004), no qual há pouca interação entre os juizes, em que cada um é responsável pela apresentação de sua decisão em conjunto com sua fundamentação. Mas diferente da forma como o procedimento se dá no STF, o juiz relator do caso - que é escolhido pelo presidente da Corte - busca, ao longo do período em que fica responsável pela elaboração da decisão, conciliar posicionamentos e agregar argumentos de modo a conseguir a adesão dos demais juizes, buscando com isso a construção de um voto com o qual a maior parte dos juizes concorde. A tarefa do relator, assim, está muito centrada não só na elaboração da decisão da Corte, mas em argumentar de maneira a conseguir o maior número de adesões. Isso se dá de modo não público, após as sessões nas quais os juizes realizam a arguição das partes em disputa e formam sua primeira impressão a respeito do caso. Somente após as sessões é que os juizes firmam seus posicionamentos, que serão organizados e muitas vezes negociados entre o juiz relator e os demais juizes. Para detalhes sobre o procedimento decisório da Suprema Corte dos Estados Unidos e a importância dos precedentes na construção das decisões, cf. James Fowler e Yonatan Lupu, “The strategic content model of Supreme Court Opinion writing”, op.cit

Não fica claro, do ponto de vista de análise do STF, até que ponto esse modelo seria aplicável exatamente da mesma forma ao nosso sistema, em que, aparentemente, não há incentivos suficientes para a tentativa, por parte do relator, em conciliar possíveis divergências de fundamentação de uma decisão a fim de se apresentar uma decisão majoritária de fundamentação única. No entanto, esse modelo pode ser entendido como algo que exigiria dos ministros um esforço - e especialmente por parte do relator - em organizar os argumentos trazidos por ele de modo a gerar uma maior aderência dos demais ministros, que simplesmente o acompanhariam sem a necessidade de acrescentar novos votos. O esforço do relator, nesse cenário, seria o de congregar esses argumentos a fim de criar uma decisão menos “caótica”, com uma menor profusão de argumentos e internamente mais consistente. Isso porque muitos acadêmicos já argumentaram que tanto a presença de votos separados quanto uma maioria relativamente pequena tem uma maior probabilidade de serem superadas por decisões futuras⁴³.

Dessa forma, a decisão de utilizar ou não precedentes, e a escolha de quais utilizar pode ser entendida como o resultado de uma interação estratégica dos juízes, tanto com relação aos membros que compõem a corte no momento da tomada de decisão, a fim de influenciar o voto dos demais - quanto com relação ao impacto que a decisão tomada pode gerar em outros juízes no momento em que tiverem que decidir casos semelhantes, já que decisões baseadas em precedentes indicam a existência de uma série de decisões tomadas em um mesmo sentido, o que gera um maior grau de pressão para a orientação da nova decisão a ser tomada. O que essa relação entre decisões deixa mais evidente é que a decisão por utilizar um precedente na fundamentação de um caso está intimamente relacionado com o fato de as decisões passadas terem, por sua vez, citado precedentes. Em outras palavras, o uso de precedentes é mais intenso quanto mais frequente tiver sido o uso de precedentes no passado⁴⁴.

Os três pontos levantados nesse tópico não pretendem esgotar os diversos desdobramentos que eles permitem e nem podem ser considerados como as únicas razões

⁴³ James Fowler e Yonatan Lupu, “The strategic content model of Supreme Court Opinion writing”, op.cit, p. 12

⁴⁴ Para uma análise empírica sobre o uso de precedentes pela Suprema Corte norte-americana e suas consequências nos padrões de citação de precedentes, ver Frank Cross *et al.*, . Citations in the US Supreme Court: an empirical study of their use and significance, University of Illinois. L. Rev. 489, 2010.

pelas quais precedentes podem ser considerados elementos importantes de serem analisados em um sistema jurídico. Outras justificativas poderiam ser apontadas, tais como a necessidade de estabilidade e continuidade de instituições políticas, a necessidade daqueles encarregados de implementar o direito em aceitar premissas razoáveis, se não ideais, como base para tomadas de decisão coordenadas, consistência, eficiência e predicabilidade, entre outras.⁴⁵ Ao contrário, as três justificativas apresentadas funcionam como uma pequena contextualização do terreno no qual este trabalho se apóia. Muito poderia ser desenvolvido sobre eles, mas o objetivo de colocá-los em um capítulo introdutório se dá pela necessidade de apresentação das justificativas de um trabalho sobre precedentes em nosso sistema jurídico. Coerência, *accountability* e atuações estratégicas de corte são variáveis que, mesmo se tomadas independentemente, justificam a exigência de um uso consciente de precedentes e o fomento a uma cultura jurídica que respeita decisões passadas e serão aqui utilizados como base para a avaliação crítica da atuação do tribunal na aplicação de precedentes. A premissa, portanto, é que isso se dá independentemente do sistema jurídico em questão pertencer a uma tradição de *civil* ou *common law*. O próximo tópico tratará mais precisamente das hipóteses e objetivos do presente trabalho.

1.3. Objetivos e hipóteses da tese

Dados os elementos envolvidos na aplicação do precedente judicial, a presente tese tem como objetivos analisar a forma como os precedentes são utilizados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas decisões envolvendo a colisão entre direitos fundamentais. Busca compreender qual é o papel atribuído aos precedentes na fundamentação das decisões deste tribunal e os efeitos que as atuais decisões tomadas pelo tribunal em casos difíceis podem gerar na sua própria jurisprudência, nas decisões das demais instâncias do poder judiciário e inclusive em esferas extra-judiciais.

⁴⁵ Para outras justificativas sobre a adoção de doutrinas fortes de precedentes ver, por exemplo, na literatura americana David Shapiro, *The Role of precedent in Constitutional Adjudication*, in *Texas Law Review*, vol. 86, 2008, p.929-957. No direito inglês ver, por exemplo, Wesley-Smith, Peter. “Theories of Adjudication and the status of stare decisis”, in Goldstein, Laurence. *Precedent in law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p.73-87.

Em um momento em que o Supremo Tribunal Federal é identificado como um tribunal ativista⁴⁶, inovando o sistema jurídico de forma alegadamente não legítima, a análise do conteúdo e da estrutura de suas decisões toma um caráter de controle de sua atuação. Por conta disso, o precedente foi aqui escolhido como uma das ferramentas argumentativas utilizadas pelo tribunal no momento em que decide casos nos quais há restrição aos direitos fundamentais. A análise sistemática do emprego dos precedentes pode permitir a avaliação da jurisprudência em termos de coerência e consistência argumentativas por ser um outro dado com pretensões legitimadoras apresentado pelo julgador, um elemento passível de ser minimamente controlado e classificado.

Sob o aspecto do conteúdo dos direitos parte-se da ideia de que, sendo os direitos fundamentais classificados como princípios, este conteúdo não é em geral previamente determinado constitucional ou legalmente, e que, por consequência, faz parte das atribuições de um tribunal constitucional contribuir para a fixação desse conteúdo ao longo do tempo.

Adoto, portanto, a diferenciação estrutural de normas proposta por Robert Alexy entre regras e princípios. Distinção-chave na teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, ela permite, entre outros, a solução de problemas como a repartição de competências entre parlamento e tribunal constitucional. Na separação realizada pelo autor, regras e princípios são diferenciados qualitativamente, afastando-se das tradicionais separações graduais feitas em consequência da generalidade das normas. Em lugar da generalidade, o critério de distinção entre regras e princípios está na definitividade de seu comando. Regras, assim, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, enquanto que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴⁷. São mandamentos de otimização “satisfeitos por poderem ser satisfeitos em graus variados e

⁴⁶ O ativismo do Supremo Tribunal Federal é analisado e comentado por diversos autores. Entre eles, cf. Marcos Paulo Veríssimo, “A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira”, in *Revista Direito GV*, São Paulo, vol 4(2), 2008, p.407-440; Marcus Faro de Castro, “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997; Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis, “Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil”, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, 2008; Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, in *Revista Direito GV*, São Paulo, vol 4(2), 2008.

⁴⁷ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p.90

pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁴⁸.

Assim, se a partir da leitura dos textos normativos que prevêem a garantia de direitos fundamentais não decorre um automático reconhecimento daquilo que é definitivamente garantido, pois essa garantia dependerá das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, a tarefa de preencher o conteúdo e fixar a orientação normativa destes mesmos textos transfere-se ao intérprete e aplicador do direito. Sobressai, nesse momento, o papel do juiz, que passa a ser indispensável à conformação e harmonização dos direitos fundamentais, utilizando-se dos mecanismos interpretativos criados doutrinária e jurisprudencialmente.

Tendo por base essa tarefa atribuída ao juiz, a intenção de se desenvolver um trabalho sobre a jurisprudência constitucional, no âmbito dos direitos fundamentais, dá especial atenção ao fato de que a qualidade da argumentação construída pelo tribunal constitucional pode ser uma das formas de se garantir a legitimidade de suas decisões, uma vez que esse tipo de tribunal atua contra-majoritariamente, levando a situações em que decisões tomadas pelo parlamento são avaliadas, e possivelmente alteradas, por um grupo não representativo de indivíduos. No debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin encontram-se argumentos que polarizam a defesa e as críticas a existência de uma corte constitucional não representativa e que podem ser usados como fundamentos para o estudo da corte constitucional por meio de sua atividade argumentativa.

O ponto em disputa entre esses autores está no caráter anti-democrático de uma corte que tem o poder de dar a última palavra em temas constitucionais. Em *Freedom's Law*⁴⁹, Dworkin insiste no argumento de que uma constituição de princípio, implementada por juízes independentes não é anti-democrática, não havendo uma relação de exclusão entre a garantia de direitos e democracia. Ao invés disso, ele afirma que a prática de permitir que um grupo extremamente pequeno de juízes, não eleitos e não diretamente responsáveis pelas próprias decisões, acabe com leis que foram colocadas por um parlamento representativo ajudou a constituir uma diferente e excelente forma de democracia nos

⁴⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, idem, p.90. Essa diferenciação entre regras e princípios é também adotada por Virgílio Afonso da Silva, em “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 607-630 e sua relação com a teoria dos direitos fundamentais é base de seu *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op.cit.

Estados Unidos. Para ele, para um regime ser democrático não há a necessidade de que juízes tenham a última palavra, mas isso também não significa que eles não possam ter.

Contrapondo-se a esse posicionamento, Waldron critica o argumento segundo o qual os arranjos constitucionais dos EUA não são menos democráticos em função do controle judicial de constitucionalidade⁵⁰. Para ele, o poder de última palavra colocado nas mãos de um grupo de juízes não eleitos representa uma perda democrática, já que retira do Parlamento a decisão final sobre temas constitucionais. Para Waldron, os cidadãos têm direito de participar em todos os aspectos do governo democrático de suas comunidades. Esse direito está profundamente conectado aos valores de autonomia e responsabilidade que estão celebrados em comprometimento com outras liberdades básicas. O direito à participação democrática é um direito de participar em termos iguais em decisões sociais sobre temas de princípios e não somente assuntos relativos à política econômica ou à política. Nesse sentido, o respeito a esses direitos é seriamente abalado quando temas são retirados do parlamento e enviados para as cortes, das pessoas e suas instituições representativas para um grupo pequeno de homens e mulheres de suposta sabedoria, conhecimento, virtude e princípios.

A qualidade argumentativa das cortes surge, assim, como uma das formas de controle de sua atuação, entendendo-se, assim, que a decisão contra-majoritária não é necessariamente anti-democrática. Decisões são tomadas e a justificação apresentada para sustentá-las é uma das formas pelas quais o poder contra-majoritário das cortes deve se mostrar possível dentro do sistema de direitos e garantias presentes nas normas e valores do ordenamento. Como afirmado anteriormente, diante da possibilidade de abuso do poder detido pelos tribunais constitucionais, a teoria jurídica apresenta métodos de interpretação que tem por finalidade o controle racional da decisão judicial, diminuindo as possibilidades do abuso de seu poder por meio de arbitrariedades, uma vez que o processo de deliberação e a tomada de decisão podem ser limitadas argumentativamente⁵¹.

⁵⁰ cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, op.cit..

⁵¹ Essa última colocação não faz parte da defesa de uma corte constitucional feita por Dworkin. Para ele, não há “procedimentos mecânicos” que podem ser utilizados pelo juiz para orientar sua decisão, sugerindo que a divergência é inerente às deliberações e decisões dos juízes sobre direitos. Apesar do desenvolvimento de mecanismos racionais para solução dos casos difíceis, como por exemplo a regra da proporcionalidade, eles não serão aqui discutidos. O que se afirma, unicamente, é que assim como essas teorias, adota-se a premissa de que avaliar a qualidade argumentativa das cortes é um meio de controlar sua atuação.

Para o desenvolvimento da tese, partiu-se da ideia de que ainda que o sistema jurídico brasileiro não tenha se desenvolvido de modo a conferir uma atenção especial ao papel dos precedentes, sua freqüente e crescente⁵² utilização como ferramenta decisória leva à necessidade de se investigar qual é a função atribuída a eles na fundamentação das decisões judiciais, não sendo suficiente simplesmente classificá-lo como elemento secundário na argumentação.

Mesmo diante de um cenário em transformação, em que instrumentos de valorização da jurisprudência são incrementados, a impressão que se tem, levando-se em consideração a cultura jurídica na qual nos encontramos, fruto de grandes influências da tradição jurídica de *civil law*, é que existe na corte um baixo grau de sentimento de vinculação aos precedentes. Como consequência dessa menor disposição em se referir a decisões passadas, a jurisprudência construída pelo tribunal parece se desenvolver caoticamente - ou pelo menos com pouca sistemática - e não permite a identificação, salvo em situações especiais, de casos paradigmáticos que orientem tanto futuras decisões do próprio Supremo, como o comportamento das demais cortes e da sociedade como um todo.

Tendo em vista esses elementos, a hipótese que apresento é a de que, se levarmos em conta as diferentes funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, considerando-se a presença da competência de corte constitucional e de tribunal recursal, há diferentes papéis a serem desempenhados pelos precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Esses papéis que o Supremo acumula, e que serão analisados em detalhes, demandam tipos de decisão e argumentação diferenciadas, em função de cumprirem objetivos distintos, e fazem com que sejam esperadas também diferenças no sentimento de vinculação dos ministros aos precedentes da própria corte. Daí a impressão de que falar em precedentes no sistema jurídico brasileiro configura um discurso fora de contexto. Abster-se da diferenciação entre as duas cortes acaba por tratá-las da mesma maneira e por

⁵² Mudanças constitucionais e infraconstitucionais dão maior relevância às decisões do STF e dos tribunais, especialmente os mecanismos de uniformização da jurisprudência relacionados à jurisprudência dominante. São exemplos dessas alterações a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (EC n.3 de 1993), a súmula vinculante (EC n.45 de 2004), a cláusula de repercussão geral (EC n.45 de 2004), a atribuição de poderes para o relator inadmitir recursos que contrariem súmulas (não-vinculantes) ou também a jurisprudência dominante, além de permitir que dêem provimento aos que estejam de acordo com o entendimento do STF ou qualquer outro tribunal superior (art. 557 do Código de Processo Civil), a desnecessidade de cumprir a reserva de plenário quando já houver posicionamento do STF ou do próprio tribunal a respeito (art. 481, parágrafo único do CPC), as consequências da decisão do caso-paradigma pelo STF, após o reconhecimento da presença da repercussão geral, possibilitando a declaração de prejudicialidade dos casos idênticos que estiverem sobrestados (art. 543-B, §3 do CPC), entre outros.

desconsiderar o fato de que em cada uma delas é esperado um papel distinto de precedentes. A hipótese, assim, é a de que o uso frequente de precedentes na jurisprudência do STF sugere que sua função não é meramente retórica, cumprindo satisfatoriamente a função de tribunal recursal, responsável pela uniformização da jurisprudência e pela solução de uma quantidade extremamente grande de processos de massa. Esse papel atribuído ao precedente, entretanto, é ao mesmo tempo inadequado para a atuação do Supremo como corte constitucional, pois restringe suas possibilidades de colaboração no desenvolvimento do direito, já que faz com que ele se limite à utilização de precedentes como forma de reiteração de posicionamentos elaborados para casos específicos.

Essa situação possivelmente leva a um cenário em que apesar de muito ativo e responsável pela tomada de um grande número de decisões difíceis e de impacto, o Supremo não consiga desempenhar, de modo mais legítimo, um papel importante no desenvolvimento do direito brasileiro. Ao decidir casos pontuais sem se preocupar em dar continuidade à aplicação de suas decisões, o Supremo não preenche todo o espaço que a Constituição deixa a seu dispor na tarefa de criação do direito.

O desenvolvimento da hipótese aqui apresentada, a fim de se realizar a investigação sobre o papel dos precedentes na fundamentação das decisões do STF, será realizada a partir de uma perspectiva constitucional, e não necessariamente processual, dos precedentes⁵³. Isso significa que, apesar de os estudos sobre precedentes na literatura brasileira se concentrarem em aspectos processuais dessa ferramenta, a abordagem proposta leva em consideração as das três linhas de análise acima apresentadas (coerência, *accountability* e atuação estratégica), voltando-se sobretudo à avaliação da legitimidade democrática do tribunal, em detrimento de posicionamentos voltados exclusivamente à eficiência ou consequências processuais relacionados ao uso do precedente. Para tanto, as conclusões a serem apresentadas baseiam-se em dados empíricos pesquisados na jurisprudência do Supremo e na legislação referente à vinculação de suas decisões.

A pesquisa empírica realizada para desenvolvimento da tese indica o afastamento de um modelo normativo de trabalho, em que minha tarefa estaria voltada a procurar determinar como o STF, ou qualquer outro tribunal, *deve* usar precedentes na fundamentação de novos casos.

⁵³ Essa abordagem, mais frequente na literatura nacional, será abordada no capítulo 2, a seguir.

Essa avaliação será feita de diferentes modos e por meio de mais de uma ferramenta metodológica⁵⁴. Todo o trabalho será desenvolvido com base na dinâmica horizontal dos precedentes da Corte, ou seja, a preocupação estará voltada para a compreensão de como as decisões passadas do STF são utilizadas como precedente nas decisões subseqüentes do próprio Supremo, considerando-se a jurisprudência construída no período após a Constituição de 1988. Nesse sentido será avaliado aqui o auto-precedente - o precedente criado pela mesma corte que em um momento futuro o aplica a casos semelhantes. Dentro dessa dinâmica, um dos questionamentos mais relevantes é o de verificar se o STF se utiliza de um modo organizado e sistematizado os precedentes da própria Corte, e tentar apresentar algumas causas para o comportamento identificado.

Para essa finalidade a análise do material pesquisado foi dividida em duas partes, escolhidas por representarem duas etapas essenciais na operação com precedentes. A aplicação de precedentes, independentemente do sistema jurídico⁵⁵, envolve uma etapa de identificação dos casos considerados como precedentes, seguida de uma etapa de construção de uma regra geral, elaborada a partir das regras particulares existentes nos precedentes identificados. Esse mecanismo é explicado por Frederick Schauer, ao diferenciar a aplicação de uma regra da aplicação de um precedente. “O que distingue a argumentação com base em precedente do raciocínio a partir de regras, entretanto, é a necessidade, no raciocínio com precedentes, de *construir* a generalização/predicado factual

⁵⁴ Uma escolha foi feita no sentido de apresentação das opções metodológicas utilizadas na tese. Com exceção de alguns pontos específicos que explicam o modo como algumas informações ou conclusões foram tiradas dos dados pesquisados, a metodologia detalhada utilizada na pesquisa se encontra em no Apêndice Metodológico. Essa escolha se justifica pela percepção de que um capítulo inteiramente dedicado a esses esclarecimentos seria prejudicial em termos de estruturação e leitura da tese, mas ao mesmo tempo se faz extremamente necessária tendo em vista a extensão da pesquisa realizada. A fim de garantir a fluidez do texto e atendendo as necessidades de justificativas metodológica da tese optou-se pela inclusão do apêndice.

⁵⁵ Adoto como premissa, portanto, a indiferenciação metodológica de aplicação de precedentes entre os sistemas jurídicos, ou, nas palavras de Thomas Bustamante, “a negação da tese da autonomia metodológica do common law”. O autor afirma que “a teoria jurídica dominante no common law e no civil law contemporâneos enxergam a atividade judicial de forma semelhante, ou seja, como um processo de criação normativa (...) pois o que diferencia a atividade dos juízes nos dois sistemas é unicamente a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão: em um caso, são normas produzidas pelo legislador; noutro, a legislação é descentralizada, e as normas gerais que constituem fundamento de validade da decisão têm origem costumeira”. Nesse sentido “Ainda que se reconheça um grau maior ou menor de liberdade do juiz no common law e no civil law, é evidente que o tipo de processo mental realizado pelo juiz ao criar regras individuais com fundamento em regras gerais é qualitativamente o mesmo, e o juiz está metodologicamente livre para decidir como lhe aprouver (dentro dos limites do direito preexistente). Por isso podemos concluir que do ponto de vista teórico não há diferença relevante entre o processo de produção do direito jurisprudencial no civil law e no common law.”. Thomas Bustamante, Uma teoria normativa do precedente judicial. O peso da jurisprudência na argumentação jurídica, Tese (Faculdade de Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007, p.103.

que já existe no caso de uma regra”⁵⁶. Isso significa que o juiz, na aplicação de precedentes, realiza uma das etapas do raciocínio do legislador quando este elabora uma regra, com a diferença no fato de que este último generaliza a partir de situações hipotéticas que ele pretende regular enquanto que o juiz tem a sua disposição uma quantidade limitada (pelos precedentes existentes) de elementos factuais a partir dos quais pode generalizar⁵⁷.

Será com base nessas etapas que abordo a utilização de precedentes no STF na resolução de casos envolvendo restrições a direitos fundamentais. A etapa de identificação dos precedentes foi explorada a partir da elaboração de mapas de citação de precedentes, que consistem em esquemas gráficos que permitem identificar o modo como as decisões do STF, divididas por grupos de direitos fundamentais, se conectam entre si. A ideia nesse ponto, como será exposto mais adiante no capítulo 4, não será a de justificar ou explicar a atuação do STF, mas ilustrar o quão integradas estão as novas decisões nas redes formadas pelas decisões anteriores do próprio tribunal. Padrões de citação de precedentes deixam claro qual é o grau com que o STF explicita a conexão entre os casos que decide, possibilitando a identificação de coincidências nas citações - coincidências que podem indicar quais precedentes são tratados como orientadores de novas decisões, além de tornar visível os parâmetros decisórios utilizados em cada um dos casos pesquisados. Nessa etapa da análise não se levou em conta o conteúdo das decisões, mas unicamente as citações de precedentes usadas nelas.

Num segundo momento, no capítulo 5, passarei à análise de como se dá, em alguns casos determinados e após a identificação dos precedentes por meio das citações, a elaboração da regra geral a partir das regras particulares presentes nesses precedentes. Isso significa que foi desenvolvida uma tentativa de identificação de padrões argumentativos ou metodológicos de aplicação dos precedentes citados pelo tribunal, feita por meio da leitura do conteúdo das decisões selecionadas.

⁵⁶ Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, op.cit., p.183

⁵⁷ Segundo o autor, é essa diferença que marca o problema do precedente. “Dois eventos nunca são exatamente iguais, mas a ideia do contrangimento gerado pelo precedente pressupõe que uma decisão anterior controlará um subsequente conjunto de fatos que são *como* o primeiro.” O problema está, assim, em quem decide qual é a similaridade dos fatos relevantes, e como o faz. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, op.cit., p.183

Um aspecto importante de ser ressaltado é que se apresentará uma análise institucional do tribunal, mesmo tendo em vista que os votos proferidos são individuais e que não necessariamente refletem uma decisão com base em consenso. A análise não se fixará unicamente nos aspectos particulares de cada decisão, mas buscará compreender o que o STF como instituição tem feito em termos de aplicação e uso do precedente. Isso se justifica também pela escolha do parâmetro de análise: o que se quer analisar não é o fenômeno do precedente no sistema jurídico brasileiro, mas sim o modo como essa ferramenta argumentativa e decisória é usada pelo STF.

Há uma dificuldade em se extrair o que o Supremo como um todo pensa sobre determinado assunto, ou, especificamente, como o STF como tribunal constitucional age no uso do precedente judicial. Assim, as preocupações aqui incluíram a questão de como seria possível definir o que o tribunal está fazendo, cuidando para não se tratar exclusivamente em uma análise micro - uma leitura muito minuciosa de cada voto ou acórdão - perdendo a dimensão macro, do que o uso do precedente significa na jurisprudência do STF como um todo. Há certamente vantagens em se fazer uma análise mais focada no voto - seguindo uma metodologia desenvolvida por pesquisadores vinculados, por exemplo, ao *attitudinal model*⁵⁸ - já que ela pode indicar como cada ministro interpreta e constrói a jurisprudência. Porém entendo que uma das consequências desvantajosas desse tipo de análise é a alta probabilidade de se perder o posicionamento do tribunal, devido à mudança de composição da corte, além de, usualmente, tais pesquisas se basearem, ainda que tacitamente, na ideia de que a personalidade dos juízes, e

⁵⁸ Jeffrey Segal e Harold Spaeth, por exemplo, adotam essa perspectiva para compreensão do judiciário em seus estudos. Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002; Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *Majority Rule or Minority Will - Adherence to precedent on the U.S. Supreme Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. As premissas desse tipo de análise, entretanto, são fortemente criticadas na literatura americana. Richards e Kritzer afirmam que “A ideia de que o processo de tomada de decisão da Suprema Corte é não constrangido e que juízes simplesmente perseguem suas preferências políticas é negada por muitos analistas (Brenner and Stier 1996; Brisbin 1996; Gillman 2001; Knight and Epstein 1996; Lawrence 1994; Songer and Lindquist 1996). Os críticos não questionam a posição de que as posturas individuais são importantes; como Smith comenta (em sua contribuição para Lawrence, 1994, 8), “se sua tarefa é prever votos dos juízes, e a escolha entre o ‘legal model’ que Segal e Spaeth descrevem e modelos de atitudes ideológicas, então eu, junto com virtualmente todos os outros cientistas políticos, estou firmemente do lado de Segal e Spaeth”. Ao invés disso, os críticos afirmam que Segal e Spaeth criaram um ‘espantalho’ sobre o papel do direito no processo decisório da Suprema Corte, uma imagem que está fadada a falhar; como Rosenberg (em sua contribuição ao simpósio de Lawrence, 7) observa, “praticamente nenhum juiz ou estudioso acredita” no modelo legal de Segal e Spaeth”, Mark J. Richards and Herbert M. Kritzer, “Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making”, in *American Political Science Review*, Vol. 96, No. 2, June 2002, p. 2-3, ver também Saul Brenner e Marc Stier, Retesting Segal and Spaeth's Stare Decisis Model, in *American Journal of Political Science*, Vol. 40, No. 4, Nov., 1996, p. 1036-1048

especialmente suas visões políticas, necessariamente determinam o modo como agem em todas as decisões que tomam⁵⁹. Minha intenção é, então, identificar fatores que passam sobre características pessoais dos ministros, adotando assim como premissa a ideia de que apesar de tratarmos de um tribunal personalista⁶⁰, há elementos que se mantêm constantes na atividade da corte⁶¹.

Antes, no entanto, de desenvolver a análise central, alguns pontos essenciais devem ser considerados. Para isso apresento no capítulo 2 algumas visões sobre precedentes judiciais que serão usadas como parâmetro para compreender o papel que ele desempenha nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Além disso, faço alguns comentários sobre o afastamento de obstáculos tradicionalmente apresentados para justificar a impossibilidade de um uso mais consistente de precedentes em um sistema jurídico como o brasileiro. No capítulo 3 analiso o STF sob uma perspectiva institucional, identificando a partir das atividades desenvolvidas pelo tribunal, duas funções primordiais que foram atribuídas a ele no texto constitucional de 1988. Essas funções devem ser entendidas para que se possa compreender o papel que o precedente desempenha em cada uma delas, fazendo com que se possa identificar uma variação nos tipos de precedentes usados na corte e o que cada um deles representa na configuração de um tribunal constitucional. Após o estabelecimento

⁵⁹ Tratando de outros aspectos do funcionamento do tribunal, mas apontando os obstáculos em se adotar modelos como o *attitudinal model* para a análise institucional do Supremo, ver Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, “Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner”, in *Revista de Direito Administrativo* 255, 2010, p.115-144.

⁶⁰ Críticas como as que tratam do Supremo Tribunal Federal como um tribunal composto por “onze ilhas” trazem com elas a ideia de que apesar de se tratar de uma instituição, o funcionamento do STF acaba evidenciando em grande medida a atitude dos indivíduos que o compõem. O termo “onze ilhas” foi usado por Conrado Hubner Mendes em no artigo “Onze ilhas”, publicado na Folha de São Paulo em 01/02/2010, Tendências e Debates. Sobre elementos institucionais do Supremo que acabam interferindo no resultado de suas decisões ver, entre outros, Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública” in *Revista de Direito Administrativo* 250, 2009, p.197-227; Adriana Vojvodic, Ana Mara Machado e Evorah Cardoso, “Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e processo decisório no STF”, op.cit.

⁶¹ Ao afirmar que a maioria das pesquisas relativas às decisões da Suprema Corte americana foi feita com base no *attitudinal model*, os Hansford e Spriggs afirmam que o foco na percepção de como o direito americano se desenvolve é constantemente deixado de lado, sendo preferida uma análise individualizada do comportamento dos *justices* em detrimento do conteúdo das decisões e de suas consequências na regulação das matérias decididas. Perceber que as decisões da Suprema Corte são importantes elementos que promovem o desenvolvimento do direito e tentar medi-los por meio do estudo das decisões judiciais e suas relações com os precedentes parte da mesma premissa aqui adotada na hipótese apresentada: a premissa de que é por meio de uma constante agregação de decisões que o judiciário (ou a corte constitucional) participa do desenvolvimento do direito, e que essa agregação não é simplesmente numérica, mas argumentativa. Minha hipótese é de que temos uma agregação numérica de decisões, que são utilizadas como precedentes, mas não temos a agregação argumentativa. Esse tema é tratado por Thomas Hansford e James Spriggs, em *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton University Press, 2008, em especial na p.22.

dessas ideias, os capítulos subseqüentes voltam-se para a análise do precedente na jurisprudência do STF.

2. Precedentes: conceitos e aplicações

Antes de tratar do modo como o precedente é utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, algumas palavras são necessárias a fim de se estabelecer o conceito de precedente que será utilizado ao longo da tese, bem como alguns aspectos relativos a sua aplicação. Isso porque apesar de *precedente* ser um termo de significado intuitivo, já que tomar decisões com base no que já foi decidido no passado não é uma prática restrita ao âmbito do direito, são muitas as definições jurídicas possíveis do termo, cada uma com uma implicação diferente quando se trata do posicionamento esperado das cortes com relação ao precedente. Ao se levar em conta as diferentes características dos sistemas jurídicos, percebe-se que apesar do precedente ser uma ferramenta decisória comum aos diferentes ordenamentos, existem grandes variações sobre o papel que ele desempenha na fundamentação das decisões e, conseqüentemente, qual a importância que o precedente terá como parte integrante do sistema jurídico. Essas são características que serão atribuídas ao precedente pelo julgador ou decisor, bem como pela comunidade jurídica em que ele se insere, não sendo intrínsecas ao conceito. Diante dessa multiplicidade de acepções e possibilidades, algumas dessas características serão aqui apontadas.

Assim, o que se propõe para o presente capítulo é a apresentação de alguns pontos sensíveis para a compreensão do precedente, um conceito central para a tese, para que a posterior análise do modo como ele é utilizado na jurisprudência do STF possa ser realizada. Saliento aqui que o objetivo dessa apresentação não pretende esgotar os múltiplos posicionamentos de estudiosos sobre o tema, também não se tratando de uma análise historicamente precisa. Não se trata, portanto, de conduzir uma avaliação sobre “a melhor doutrina” do precedente, mas antes as definições e posicionamentos aqui encontrados voltam-se a aplainar o terreno e apresentar mais detalhadamente algumas variações relevantes dos significados do conceito que será trabalhado em maiores detalhes no decorrer da tese.

2.1. O que são precedentes e como eles são usados?

Precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelo para novas decisões. Essa definição flexível e abrangente de precedente é utilizada por MacCormick e Summers⁶² e expressa, em outras palavras, um tipo específico de escolha na tomada de decisão que não se restringe ao âmbito jurídico⁶³. Usar o passado para tomar decisões em situações novas que se encontram na nossa frente, decidindo conflitos atuais com base no que já foi decidido anteriormente quando problemas similares tiveram de ser resolvidos é uma atitude corriqueira e que por isso não causa qualquer forma de estranhamento. Decidir dessa maneira é decidir de acordo com o precedente e esse tipo de método de decisão não se restringe ao raciocínio jurídico. Entretanto, se de um lado usar experiências passadas para orientar ações e decisões do dia-a-dia não demanda normalmente grandes reflexões, o mesmo não pode ser inferido da prática do uso do precedente judicial. Diante da “prática que cresceu de maneira quase universal nos sistemas jurídicos contemporâneos”⁶⁴, fica praticamente impossível sua desconsideração como elemento detentor de autoridade que orienta a tomada de decisão.

Uma explicação simplificada do que significa o uso de decisões passadas para orientar novas esconde a existência de concepções conflitantes de precedentes nas doutrinas de direito e do papel desempenhado pelos precedentes nos sistemas jurídicos. Isso porque ainda que o precedente possa ser entendido como um evento passado que orienta a ação presente, nem todos os eventos passados são precedentes. Nesse sentido, “entender o precedente requer uma explicação de como eventos passados e ações presentes

⁶² Neil MacCormick e Robert S. Summers (ed), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth, 1997, p.1 Esse tipo amplo de definição de precedente não é exclusivo da obra citada. Entre outros, Jan Komárek, “Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court”, LSE working paper 4/2011, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedent*, op.cit.; Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007.

⁶³ Neil Duxbury apresenta o precedente como um tipo específico de escolha na tomada de decisão. *Nature and Authority of precedent*, op.cit., p. 1. Frederick Schauer também trata do raciocínio com base em precedentes como algo não exclusivo à lógica jurídica em "Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy," 3 Persp. on Psychol. Sci. 454, 2008. Ver também Neil MacCormick e Robert Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, op.cit., p.4

⁶⁴ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p. 191

passam a ser vistos como conectados”, afirma Neil Duxbury⁶⁵. Assim, ainda que a experiência e o desenvolvimento de analogias estejam presentes na ação de usar o precedente como guia para decisões, o raciocínio envolvido nessas atividades não são idênticos ao raciocínio de aplicação de precedentes⁶⁶.

Nesse sentido, Frederick Shauer critica essa aproximação frequentemente realizada entre analogia e aplicação de precedentes pois a obrigação de seguir precedentes é substancialmente diferente da atitude de utilizar uma analogia para simplesmente ilustrar um caso:

“Seguir precedentes é uma forma de raciocínio na qual é esperado que juízes adiram a decisões anteriores avaliando os mesmos temas independentemente de sua visão pessoal sobre como o tema deve ser decidido. Juízes, assim, são obrigados a responder a mesma questão da mesma forma que outros responderam no passado, mesmo que eles preferissem respondê-la de forma diferente. O contrangimento gerado pelo preceder no direito é precisamente essa obrigação de seguir decisões passadas simplesmente por conta de sua existência e não por sua percepção de correção (pela visão do decisor atual), e essa forma de raciocínio contra-intuitiva, onipresente no raciocínio jurídico e amplamente difundida, é consideravelmente diferente da forma típica de raciocínio por analogia, tanto no direito quanto fora dele.”⁶⁷

É na conexão existente entre eventos passados e presentes que pode ser encontrada uma das razões pelas quais decidir com base na experiência para a solução de problemas individuais difere do raciocínio desenvolvido para a solução de problemas jurídicos com base em precedentes. Na tomada de decisão do dia-a-dia não nos comprometemos com o futuro da mesma forma como uma decisão judicial o faz. Em outras palavras,

“No raciocínio individual nós normalmente não levamos em conta o fato de que termos decidido de uma forma no passado gera uma presunção de que devemos decidir da mesma maneira no futuro”⁶⁸.

⁶⁵ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedent*, op.cit., p.1, tradução livre.

⁶⁶ Sobre as diferenças entre esses tipos de raciocínio ver, por exemplo, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedent*, op. cit.; Frederick Schauer, “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy”, op.cit. e *Playing by the rules*, op.cit.; Grant Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, in Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2008 Edition; Scott, Brewer. “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, in *Harvard Law Review*, Vol. 109, number 5, 1996, p. 923-1038. Tradicionalmente, entretanto, afirma-se que o raciocínio com base em precedentes baseia-se primordialmente no recurso à analogia, cf. Rupert Cross, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968, p.21-ss.

⁶⁷ Frederick Schauer, “Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy”, op.cit.p., 3 (tradução livre).

⁶⁸ Grant Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *op. cit.*, p.3 (tradução livre).

Decidir com base em precedentes se dá em função de outra decisão já ter sido tomada no passado, e a mera existência dessa decisão faz com que em algum sentido ela deva ser considerada para a nova resolução. Essa é uma visão de precedente comum a diversas correntes de pensamento. A partir dela, algumas questões podem ser levantadas, como qual é o poder desses precedentes em determinar a decisão futura ou como se dá a identificação no texto do precedente dos elementos que formam essa determinação, além de questões sobre quais casos são comparáveis com quais outros casos. Essas são questões complexas e que se encontram constantemente em disputa, pois estão altamente conectadas com o papel que se atribui ao juiz e ao Poder Judiciário em um sistema jurídico.

Ao longo do tempo o papel do precedente se altera, e com ele a sua forma de utilização e as exigências voltadas ao juiz no momento de utilização dessa ferramenta decisória. Nas palavras de Rupert Cross, “em quase todas as jurisdições um juiz tende a decidir um caso da mesma forma como um caso similar foi decidido no passado por outro juiz. A força dessa tendência varia grandemente”⁶⁹. Ter em mente a existência dessas alterações mostra-se muito importante quando a análise dos precedentes na jurisprudência do Supremo for desenvolvida. Como será tratado adiante, as funções atribuídas ao STF hoje acabam por demandar posicionamentos específicos do próprio tribunal com relação aos precedentes e a identificação desses diversos padrões de atuação exigidos torna-se mais facilitada quando se tem em mente algumas das variações pelas quais passou a compreensão dos precedentes judiciais, principalmente na experiência constitucional brasileira desde 1988.

Ainda que não seja o objetivo central da tese, algumas concepções desenvolvidas por teóricos do direito devem ser aqui tratadas, com a finalidade de explicar o porquê de algumas das constatações percebidas na atuação do STF. Assim como afirmado por Laurence Goldstein⁷⁰, na tentativa de entender a emergência de nossas concepções atuais de precedente é salutar ter em mente que os sistemas político e jurídico se desenvolveram e que esse desenvolvimento foi moldado pelos teóricos.

O objetivo do tópico é dar conta de apresentar de uma forma organizada a não uniformidade do tratamento do precedente em diferentes sistemas de direito. Um erro na

⁶⁹ Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit., p.3, tradução livre.

⁷⁰ Laurence Goldstein, *Precedent in Law*, op.cit., p.1

compreensão de uma aproximação tradicional aos precedentes é ter como premissa a existência de um modo único de tratamento aos precedentes, de uma literatura única de interpretação e utilização de precedentes, além da supressão de visões destoantes sobre o tema, tratado diversas vezes tanto empírica como teoricamente distintos. O que deve ficar claro é que existem concepções opostas sobre precedentes e seu papel nos sistemas jurídicos. Independente de quais sejam essas visões, “qualquer doutrina do precedente deve ter o apoio de uma teoria do precedente, pois sem alguma compreensão teórica dos termos usados na formulação da doutrina, tal doutrina não pode ser sensivelmente implementada.”⁷¹

Além das diferentes visões existentes, será importante mostrar também que esses entendimentos se alteram não só quando jurisdições diferentes são comparadas⁷², mas também mudam conforme o tempo, sendo muitas vezes a teoria sobre o precedente uma parte, ou o reflexo, de um modelo teórico mais abrangente, que explica o fenômeno jurídico-político de forma mais ampla. Em outras palavras, pode-se dizer que o que se entende que é o precedente varia no tempo, espaço e dentro de teorias jurídicas distintas⁷³. E assim como mudam as visões sobre precedentes, mudam as premissas de sua aplicação e as consequências geradas pela sua interpretação. Deverá ficar evidente que não há uma uniformidade de entendimentos com relação a esse tema. Dessa forma, por exemplo, são contrastantes visões que entendem o uso do precedente como limitações à atuação judicial e aquelas que vêem no direito jurisprudencial a colaboração judicial na construção do direito. Assim, a inclusão do tema na agenda do debate público brasileiro pode até ser consequência de influências externas ao nosso sistema, mas seu desenvolvimento pode, e será, determinado pelas inúmeras características que a comunidade jurídica atribui às

⁷¹ Laurence Goldstein, *Precedent in Law*. op. cit., p.7-8, tradução livre. Esse entendimento será explorado ao longo da tese. Será objeto de análise, especialmente no capítulo 6 da tese, que o tipo de premissa teórica está por trás da visão que os ministros do Supremo Tribunal Federal tem de precedentes acaba determinando a função que essa ferramenta tem na argumentação dos casos e na capacidade de orientar o comportamento dos ministros na tomada de decisão.

⁷² Como por exemplo as diferentes concepções de precedente e *stare decisis* entre sistemas de *common law*, como é o caso do direito inglês e o americano. Para diferenças entre a concepção de precedentes nesses sistemas, cf. Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit..

⁷³ O que não se contrapõe com a ideia defendida no capítulo anterior sobre as possibilidades de intercâmbio dos conceitos e elementos existentes entre *common law* e *civil law*. As variações apontadas aqui referem-se às diferentes teorias do direito e não aos diferentes sistemas que as adotam. O positivismo jurídico, por exemplo, está presente tanto em sistemas de *common law* quanto de *civil law* e apresenta uma visão característica de precedentes, que será tratada ao longo do capítulo.

decisões judiciais, à sua autoridade, sua capacidade de determinar e justificar novas decisões, e também da capacidade dessa mesma comunidade de sistematizar as decisões judiciais, especialmente do STF, de modo a se tornarem mais claras e mais facilmente compreendidas e utilizadas pelos demais atores, sejam eles internos ou externos ao Poder Judiciário.

2.1.1. Doutrinas tradicionais e o positivismo jurídico

Um marco relevante na história das práticas decisórias por meio de precedentes e que se aproxima do tipo de discussão que será travada na análise da jurisprudência do STF pode ser atribuído à regra de vinculação estrita aos precedentes enunciada por Lord Halsbury em uma das mais conhecidas decisões da Câmara dos Lordes do Reino Unido, o caso *London Street Tramways*, decidido em 1898⁷⁴.

A famosa decisão, na qual a mais alta corte do direito do Reino Unido declara-se absolutamente vinculada às suas próprias decisões precedentes, representa o ápice da consolidação da doutrina positivista do precedente judicial e por essa razão pode ser adotada como ilustração de um pensamento que se consolida ao longo do século XIX e que ainda hoje exerce uma enorme influência sobre a visão do precedente e seu papel na fundamentação das decisões judiciais. No caso *London Street Tramways* [1898], que tratava de uma indenização devida à companhia apelante, a corte precisava decidir se adotava o método de cálculo que havia sido estabelecida pela própria Câmara dos Lordes quatro anos antes em um caso semelhante. Diante do questionamento, sobre se a corte estava vinculada ao que havia decidido anteriormente, a Câmara dos Lordes declara-se vinculada ao direito que criou no passado. Um trecho da decisão deixa nítido o ponto defendido pelos Lords a partir dessa decisão: “Obviamente que eu não nego que casos de dificuldade individual podem surgir, e pode haver uma opinião em meio à profissão de que uma ou outra decisões são errôneas; mas o que é um inconveniente ocasional, com o que talvez seja uma justiça abstrata, se comparado com a inconveniência - a desastrosa inconveniência - de ter cada questão sendo re-discutida e as relações entre os homens feitas

⁷⁴ *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375

duvidosas em função de diferentes decisões, de modo que na realidade não houvesse mais uma real corte de apelação.”⁷⁵

Ainda que se afirme que essa decisão não tenha significado uma ruptura com o posicionamento anterior da corte, já em diversas decisões desde a metade do século XIX já era possível encontrar posicionamentos que encaminhavam a Câmara dos Lordes a essa conclusão de vinculação absoluta aos próprios precedentes⁷⁶, é ela que contém a declaração de que a corte não poderia superar seus próprios precedentes, inaugurando um posicionamento que se mantém até a metade do século XX, quando é alterada pela própria corte.

Essa cristalização da regra do precedente vinculante por meio da decisão da Câmara dos Lordes é característica da tradição positivista e será aqui usada como referência para a compreensão da razão que sustenta essa decisão. O uso de precedentes e o desenvolvimento do *common law* não se iniciam no século XIX mas esse é o primeiro marco temporal que será aqui explorado, por ser palco da consolidação de um entendimento de precedentes que até hoje influencia a atuação judicial não só no Reino Unido.

A ideia de precedentes vinculantes, característica desse entendimento, é associada por Goldstein a uma tentativa de inibir mudanças no direito realizadas por meio das decisões judiciais. Quando contrastada a uma visão tradicional da teoria do *common law*, em que precedentes aparecem como elementos centrais no desenvolvimento do direito, o autor afirma que:

“Decisões passadas adquirem peso em virtude de pertencerem a um corpo histórico de raciocínio. Elas não geram regras inflexíveis que precisam ser seguidas em casos subseqüentes, mas servem como inspiração para novas reflexões dos juízes. Em contraste [com essa visão], a teoria positivista vê os precedentes como desempenhando a menor, ou secundária, tarefa de amarrar

⁷⁵ Lord Halsbury, *London Tramways v. London County Council* [1898], p. 380.

⁷⁶ Argumentos defendendo a autovinculação da corte vêm desde o caso *Beamish v. Beamish* [1859-61] 9 HLC 274. Para a história da função judicial da Câmara dos Lordes e o papel do precedente no seu desenvolvimento, cf. Dickson Bloom Cooper & Garvin Drewery, *The Judicial House of Lords 1876-2009*. New York: Oxford University Press, 2009; Dickson Bloom Cooper & Garvin Drewery, *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford: Clarendon Press, 1972, especialmente p.146-149.

as arestas intocadas pela prescrição genérica do direito estatutário, e adquirindo autoridade da mesma forma que as regras legisladas fazem”⁷⁷.

Em sentido similar, que contrasta o papel do precedente na visão positivista com o que até então era até então a visão tradicional, Postema⁷⁸ afirma que a noção de precedente está presente quase universalmente nos sistemas jurídicos ocidentais, mas que é nos sistemas de *common law* que ela desempenha um papel de pivô na construção e aplicação do direito.

Essa função central dos precedentes nesses sistemas jurídicos, entretanto, não impediu que doutrinas radicalmente diversas se voltassem a determinar qual seria o conceito mais adequado de precedente e consequentemente qual atenção deveria ser despendida a esse elemento do sistema jurídico. Assim, análises históricas do desenvolvimento da noção do precedente permitem o contraste entre uma visão tradicional de precedente e as consequências que doutrinas positivistas introduziram no papel dos precedentes nos séculos XVIII e XIX. Os ataques realizados por Hobbes e Bentham à liberdade da atuação judicial por meio de precedentes acabaram por transformar profundamente seus conceitos mais recentes de precedentes e o tipo de comportamento que se espera dos juízes quando se utilizam dessa ferramenta⁷⁹. Ainda que a prática judicial no direito inglês ainda se apóie em conceitos de precedentes que se relacionam a uma concepção mais clássica do *common law*, o que parece acontecer em sistemas que não utilizam precedentes judiciais como elementos centrais é a predominância do entendimento positivista de precedentes, representada aqui no seu grau máximo, pela decisão London Street Tramways de 1898.

Assim, enquanto o uso tradicional de precedentes no direito inglês, apontada por Postema como o produto de uma longa história tanto de ajustes práticos imediatos a diferentes circunstâncias quanto a reflexões teóricas sobre essas práticas, aparece como a somatória de contínuas transformações que se acumulam no tempo e produzem a noção de

⁷⁷ Laurence Goldstein, *Precedent in Law*, op.cit., p.5 (tradução livre).

⁷⁸ Postema, Gerald. “Some roots of our notion of precedent”, in Goldstein, Laurence (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p.9

⁷⁹ Para análises sobre os ataques de Bentham à doutrina tradicional do precedente, cf, Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit., p.26, Laurence Goldstein (ed), *Precedent in Law*, op.cit., Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, p.77-ss

que um dos elementos-chave do sistema jurídico daquele país foi e ainda é alvo de disputas sobre seu significado e papel na fundamentação das decisões. Já nos sistemas que não acompanharam o desenvolvimento dessas visões, o precedente aparece como um elemento cujo papel parece ser de aceitação consensual ou pouco disputado.

São duas as principais características de uma visão positivista do precedente apresentadas por Postema. Dado que para essa visão os precedentes possuem em seu conteúdo regras gerais, essas regras são consideradas autoridade por conta de representarem o fato de que o tema em questão já foi decidido anteriormente, na regra “posta” no precedente, e em função da regra presente no caso anterior determinar um certo curso de ação evitando ou até impedindo que novas deliberações sejam realizadas em torno dos mesmos elementos. Dessa maneira a questão sobre se deve ou não seguir um precedente é, ou deveria ser, externa ao conteúdo que os precedentes possuem, estando apenas relacionado à autoridade que se atribui à ideia de precedente⁸⁰.

Seguir ou não seguir um precedente refere-se, nesse sentido, à certeza e previsibilidade das decisões e não a uma avaliação do conteúdo de uma ou outra decisão. Esse posicionamento positivista, que vê na decisão judicial uma legislação indevida feita pelo juiz gera a necessidade de um sistema forte de *stare decisis*. Se há um perigo potencial na atuação judicial uma vez que o juiz não deve inovar no sistema jurídico, a limitação de seu trabalho deve se dar no controle das suas possibilidades de desviar do que foi decidido anteriormente em outras situações.

Essa visão se consolida, entretanto, como uma resposta a um posicionamento tradicional do direito no *common law*, que não enxerga na atuação judicial uma ameaça à soberania e autoridade legisladora central. A manipulação de precedentes na doutrina clássica faz parte dessa tradição, entendida como expressão da tradição e experiência do povo. Ainda que de forma simplificada, a visão de precedente no *common law* é apontada por Postema como resultado do fato de que a convicção de autoridade ou sabedoria do direito está no senso de que regras e práticas do *common law* no precedente são contínuos e expressões da vida e de histórias comuns das pessoas ligadas a essas práticas. O aspecto histórico do direito contribui assim para sua autoridade, não por causa de sua

⁸⁰ Sobre a autoridade dos precedentes, considerada independentemente do resultado das decisões, ver Neil Duxbury e *The Authority of Precedent: Two Problems*, Faculty of Law, University of Toronto, 2005

demonstração de que o direito é verdadeiro ou justo, mas por causa de suas relações com o senso de identidade cívica das pessoas.

Percebe-se, assim, que uma das principais características da aplicação de precedentes na visão tradicional⁸¹ do *common law* está no reconhecimento de que decisões passadas tem autoridade não por terem sido decididas ou estabelecidas previamente por órgão dotado de autoridade para tal, mas por fazerem parte de um corpo reconhecido de experiência comum, resultado de um processo ao qual se atribui autoridade por conta de suas relações históricas com um senso de identidade compartilhado na comunidade.

Nesse sentido, casos individuais possuem regras de autoridade, mas funcionam como ilustrações da operação envolvida na tarefa de apresentar razões de decidir, como exemplo do processo de fundamentação aceito dentro das experiências passadas. Por conta disso, o uso de precedentes não tem como função evitar novas deliberações ou raciocínios em torno de situações já decididas, mas aparece como a explicitação de um modelo de fundamentação usado no passado. Com isso Postema deixa claro que a tarefa do juiz do caso novo não é encontrar na decisão precedente a regra estabelecida, mas fazer parte do raciocínio desenvolvido pelo juiz do caso anterior, estendendo sua aplicação ao caso novo. Isso faz com que a determinação presente no precedente não seja a solução final a ser atingida pelo juiz que decide o caso novo, mas unicamente que a ela seja atribuído um peso por ter sido decidida por um agente experiente.

A transformação que a visão positivista gerou na doutrina do precedente é absolutamente importante para que se compreenda a leitura da jurisprudência do STF que será realizada na tese. Ainda que posteriormente combatida, ela representou uma mudança na visão que do que decidir por meio de precedentes representa, inserindo concepções como autoridade, necessidade de controle da atividade judicial e liberdade interpretativa dos juízes. No entanto, o posicionamento positivista de precedentes vai, ao longo do século XX, sofrendo críticas e decaindo. Se voltarmos ao exemplo do estabelecimento da doutrina estrita de vinculação ao precedente feita pela Câmara dos Lordes no final do século XIX, essa doutrina se altera em 1966, por meio de um Practice Statement em que a própria Corte decide que não se encontra mais vinculada às suas decisões passadas, abandonando a

⁸¹ Essa visão tradicional, anterior ao desenvolvimento do moderno direito inglês, é também chamada de teoria declaratória do precedente. Cf. Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit; Laurence Goldstein (ed), *Precedent in Law*, op.cit..

necessidade de seguir os próprios precedentes e introduzindo uma alteração profunda do entendimento dos alcances da doutrina do *stare decisis*, representando uma ruptura com a visão positivista de precedentes⁸².

Seria possível dizer, assim, que esses dois momentos de compreensão de como deve se dar a atuação do juiz com base em precedentes na Câmara dos Lordes marcam sensivelmente a visão do papel atribuído a essa ferramenta decisória no direito inglês por consolidarem, no século XIX, a doutrina estrita de vinculação ao *stare decisis* - que por sua vez se diferencia do que era compreendido anteriormente como uso tradicional de precedentes -, e o abandono desse posicionamento na metade do século XX, quando a corte se declara livre para decidir de forma diversa ao que estava estabelecido em seus precedentes.

A reconstrução do efeito que as teorias positivistas representaram na compreensão do precedente judicial foi feita aqui para contextualizar o cenário que se desenvolve durante o século XX, particularmente no Reino Unido, e que tem um grande papel na explicação que será apresentada sobre o uso de precedentes no STF. Isso porque apesar da quebra que o positivismo traz para o desenvolvimento do direito inglês e seu modo de produção por meio de precedentes não seja encontrada nos sistemas que não estão inseridos na tradição do *common law*, a visão positivista do papel dos precedentes é incorporada por nossa tradição, ainda que não expressamente ou por força da adoção de um modelo teórico determinado, sendo absorvida não só no discurso jurídico mas também nas práticas judiciais desenvolvidas com base em precedentes no Brasil⁸³, trazendo consigo a discussão

⁸² A alteração do posicionamento da Câmara dos Lordes com relação à autovinculação da corte não se dá em meio a uma decisão de caso, mas por um *Practice Statement*, uma declaração feita pelos juizes da corte sobre sua própria atuação. Nessa ocasião declararam os Lords que, mesmo considerando o uso de precedentes como elemento indispensável para a decisão sobre o que é o direito e sua aplicação aos casos individuais, por fornecerem certo grau de certeza e bases para o desenvolvimento do direito, a rígida aderência ao precedente pode levar à injustiça em casos particulares além de indevidamente restringir o devido desenvolvimento do direito. Diante disso, propõem a alteração da prática corrente de vinculação ao precedente, possibilitando o afastamento de uma decisão anterior quando necessário. Essa “desobrigação” diante dos precedentes, entretanto, é voltada unicamente para a atuação da Câmara dos Lordes, não afetando qualquer outra corte. House of Lords, *Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

⁸³ É nesse contexto que se insere a conhecida expressão “juiz boca da lei”, que exprime a ideia de atribuição de um poder limitado dos juizes, cuja tarefa está unicamente na aplicação da lei, por meio de um processo silogístico no qual não são aceitos desvios ao que foi estabelecido pelo legislador. Segundo esse entendimento, a jurisprudência apenas reproduz nos casos concretos o que foi criado e estabelecido de modo geral e abstrato pelo legislador, único detentor do poder de inovação no ordenamento. A decisão judicial, ou mais precisamente o comando presente nela, não é fonte de autoridade e não pode ser usado como base para novas decisões.

sobre a tensão constante entre a liberdade para inovar e a limitação desta mesma liberdade na aplicação de precedentes. Essa percepção será alvo de reflexões no momento de análise da jurisprudência do STF nos capítulos subseqüentes da tese.

2.1.2. Definições de *ratio decidendi* e concepções argumentativas de precedentes

Durante o século XX foram produzidos intensos debates sobre o papel do precedente e sobre quais deveriam ser as atitudes do juiz diante do precedente a fim de interpretá-lo e aplicá-lo aos novos casos. Um dos estudos clássicos nesse sentido é a descrição do realista Arthur Goodhart, que em 1930 volta-se a desenvolver regras de interpretação para a determinação da *ratio decidendi* de um caso⁸⁴. Segundo ele, toda a produção existente até então era falha ao apontar para a necessidade de se buscar uma *ratio* nas decisões precedentes, mas sem apresentar regras de como chegar a ela. Diante da dificuldade que a própria expressão *ratio decidendi* representa, por não se tratar de um conceito preciso e por, no fim, depender da interpretação daquele que se depara com os precedentes a fim de aplicá-los a novos casos, Goodhart dá início a um longo debate sobre o quê nos precedentes vincula as novas decisões - e com isso o que significa o termo *ratio decidendi* - e, especialmente, quais passos estão envolvidos nesse processo de descobrimento do elemento vinculante das decisões.

Afastando-se das orientações mais comuns existentes até então⁸⁵, Goodhart entende que não será nas razões nas quais o juiz baseou sua decisão que a *ratio decidendi* será determinada, mas sim na determinação dos fatos materiais tais como vistos pelo juiz que

⁸⁴ Arthur Goodhart, “Determining the ratio decidendi of a case”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, Dec., 1930. A partir dele J. L. Montrose, “Ratio Decidendi and the House of Lords”, in *The Modern Law Review*, Volume 20, Issue 2, March 1957, p.124-130; A. W. B. Simpson, “The Ratio Decidendi of a case” Case ” in *The Modern Law Review*, Volume 20, Issue 2, March 1957, p. 413-415, Julius Stone, “The Ratio of the Ratio Decidendi”, in *The Modern Law Review*, Volume 22, Issue 6, 1959, p. 597-620

⁸⁵ Apesar da existência do consenso em torno da ideia da existência de uma *ratio decidendi* das decisões judiciais, não havia um posicionamento determinado com o qual grande parte dos estudiosos concordassem a respeito do que consistia a *ratio*. Uma das definições mais difundidas era a de Rupert Cross, segundo o qual a *ratio decidendi* “é qualquer regra de direito explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para atingir sua conclusão que tenha relação com a linha de raciocínio adotada por ele”. Cross and Harris, *Precedent in English Law*, p.72, tradução livre.

decidiu o precedente e em sua conclusão baseada neles⁸⁶. Segundo Goodhart é pela escolha dos fatos relevantes que compõem o problema em disputa que o juiz cria direito. “Ignorar essa escolha feita pelo juiz é perder de vista tudo o que acontece na decisão de um caso”⁸⁷.

Ao criar etapas para a determinação dos elementos que compõem a *ratio decidendi* Goodhart inicia um debate que vai se estender por muitas décadas sobre quais são esses elementos e qual é o grau de determinação ou vinculação da regra retirada de um precedente judicial. Ao colocar nas mãos do intérprete a tarefa de determinação da *ratio decidendi*, ainda que refletindo os fatos materiais tais como vistos como o juiz que decidiu o precedente, Goodhart acaba por permitir uma margem maior de manipulação do conteúdo decisório. Essa consequência é apontada por Julius Stone⁸⁸, que critica o método proposto por Goodhart para a determinação da *ratio decidendi* de um caso.

Para Stone, a *ratio decidendi* deve ser entendida como uma ligação entre gerações, devendo incluir necessariamente o que é encontrado no dispositivo identificado, ao qual o *stare decisis* exige aderência. Mas ao se referir aos “fatos materiais conforme vistos pelo juiz que decidiu o precedente” que determinam o conteúdo da *ratio*, Stone acusa a proposta de Goodhart de ser praticamente um *nonsense* e introduz uma nova perspectiva de compreensão do que significa decidir com base em precedentes. Isso porque a perspectiva de Goodhart acaba por colocar nas mãos do tribunal que decidiu o caso a tarefa de determinar qual será a *ratio* de um caso, fazendo com que esta não possa ser construída conforme a visão do que o novo juiz tem daquilo que foi decidido no precedente.

Além disso, e o que para Stone é mais criticável são os diferentes graus de generalidade que a escolha dos “fatos materiais” pode gerar para elaboração da *ratio*. Ao

⁸⁶ Goodhart insiste na diferença entre levar em consideração os fatos que deram origem ao caso e os fatos materiais tais quais reconhecidos pelo juiz. Isso porque haveria para ele uma falácia na afirmação de que os fatos de um caso são fatores constantes, e que por conta disso a decisão tomada pelo juiz não passaria de algo baseado em premissas já fixadas *a priori*, sem a sua interferência. Para Goodhart, fatos são relativos e é a leitura que o juiz faz desses fatos que constitui a *ratio decidendi*. Com esse posicionamento, Goodhart critica uma corrente do realismo jurídico americano, representado em seu artigo por Oliphant, para quem, nas palavras de Goodhart, o que importa não é o que o juiz diz, mas sim o que ele faz, concentrando com isso às atenções a que elementos as cortes decidem nos casos e não como e porque o fazem. “Determining the ratio decidendi of a case”, *op.cit.*, p.168

⁸⁷ Arthur Goodhart, Determining the ratio decidendi of a case, *op.cit.*, p.168. Em outro momento o autor afirma que os juízes estariam apenas perdendo tempo se o que escrevessem não tivesse relevância. Idem, p. 167

⁸⁸ Julius Stone, “The Ratio of the Ratio Decidendi”, in *Modern Law Review*, Volume 22, Issue 6, p. 597–620, November 1959

invés de formarem uma única *ratio decidendi*, as múltiplas possibilidades de conformação desses fatos, dependendo da escolha feita pelo juiz do caso novo quanto a quais fatos são relevantes para a reconstrução do que foi decidido no precedente, acabam permitindo uma pluralidade de *rationes decidendi* a serem extraídas de um caso particular. Caso escolha tomar em consideração um ou outro fato material presente no caso antigo serão distintas as conclusões as quais o juiz chegará e distintas as soluções que ele aplicará ao caso em julgamento.

Com isso Stone relativiza a visão segundo a qual cada decisão possui uma única *ratio decidendi*, a ser descoberta pelo juiz, por meio de um método quase descritivo de como foi a tomada de decisão no caso anterior. A possibilidade de multiplicação das *rationes decidendi* acaba por enfatizar o papel do intérprete no estabelecimento dos elementos que servirão de guias para os casos novos, já que ele participa ativamente da construção da regra que será usada para estes casos e da que foi utilizada no caso anterior. Como comentam López Medina e Gordilho quando tratam dos impactos do realismo americano na determinação da *ratio decidendi*:

“o juiz, pois, não está obrigado a seguir como precedente os argumentos explícitos que o juiz original acreditou justificar sua sentença, mas, ao invés disso, a construir novas justificações ou racionalizações que sejam compatíveis com as decisões passadas e que extraiam, de alguma maneira, o verdadeiro princípio da decisão. (...) Esta noção do precedente, pois, é menos formalista e permite ao juiz reconstruir os fundamentos ou razões das decisões.”⁸⁹

Apesar de se tratar de um debate que hoje não faz parte das preocupações presentes na literatura voltada ao tema, já que elaborações de fórmulas ou mecanismos para determinação da *ratio* não são comuns, os posicionamentos presentes nesse debate influenciam ainda hoje a noção de como se deve aplicar precedentes. A leitura de alguns casos, até mesmo na jurisprudência do STF, permite a identificação de discussões entre os

⁸⁹ Diego López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, op.cit., p. 13, tradução livre.

ministros acerca do que foi estabelecido como *ratio decidendi* nos precedentes e o que deve ser usado como orientação em casos novos⁹⁰.

Preocupações atuais a respeito dos precedentes também não seguem uma linha única, mas uma característica comum a elas é o fato de enfatizarem o papel do intérprete na construção daquilo que será aplicado no caso novo. Ainda que o que foi estabelecido no precedente limite de certa forma as possibilidades de escolha dos caminhos a serem seguidos na decisão nova, esses posicionamentos colocam em evidência o papel da interpretação e da argumentação da tarefa de aplicação dos precedentes.

Nessa linha, e comentando o debate travado na década de 1950 entre Goodhart e Stone, a definição de Frederick Schauer sobre a tarefa de aplicação do direito por parte dos juízes deixa clara essa mudança de concepção de que elementos presentes nas decisões anteriores devem ser levados em consideração ao se julgar casos novos. Ao dizer que “common-law judges make decisions by applying legal principles contained in opinions being the written justification and explanation of the decision in a particular lawsuit”, Schauer define implicitamente a decisão anterior, o precedente, como a decisão de uma questão acompanhada de sua fundamentação. O precedente não é assim unicamente a decisão final, e nem os fatos que deram origem a ela, mas todo o aglomerado de justificativas e explicações, menos ou mais sistemáticas, apresentadas por uma corte para a tomada de uma decisão.

Schauer não aponta o modo pelo qual o juiz do caso novo retira dos precedentes as regras para orientar sua decisão, já que essa atividade não pode ser estabelecida por meio de fórmulas, mas afirma que o juiz resolverá seu caso novo construindo uma generalização a partir das soluções particulares presentes nos casos precedentes. O que diferencia nesse sentido a tomada de decisão com base em precedentes da tomada de decisão com base em

⁹⁰ A discussão sobre o que incorpora a *ratio decidendi* das decisões do STF está presente em alguns casos decididos pelo tribunal. Assim, por exemplo, na decisão do RE 194662 ED os ministros buscam determinar uma diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* a ser aplicada pelo tribunal. Além desse caso, as decisões em sede de Reclamação costumam apresentar discussões entre os ministros a respeito da vinculabilidade das disposições das decisões do Supremo, envolvendo debates sobre a amplitude da *ratio decidendi*. Esse debate sobre o alcance das disposições vinculantes das decisões aparece nas discussões com o nome de “transcendência dos motivos determinantes”, tese não adotada pela maioria dos ministros, segundo a qual não só o dispositivo das decisões são vinculantes, mas inclusive os motivos determinantes para sua adoção, como é o caso do Rcl 3294 AgR, Rcl 9778 AgR, Rcl 3385 AgR e Rcl 6319 AgR, entre outros.

regras, é a necessária construção do predicado genérico quando a decisão é tomada com base em precedentes, etapa que não existe na aplicação de regras⁹¹.

A elaboração de uma regra pelo legislador, por exemplo, envolve a generalização de uma multiplicidade de situações hipotéticas a fim de abranger uma pluralidade de circunstâncias que serão reguladas por essa regra. O juiz, ao se deparar com uma regra, aproxima um evento pontual à prescrição genérica da regra, decidindo se esta pode ser aplicada àquele. Na aplicação de um precedente, as situações pretéritas existentes resumem-se a um único evento e, com isso, depara-se com uma limitação na quantidade de elementos fáticos que estão disponíveis para o juiz elaborar a regra que será aplicada ao caso concreto, fazendo com que as balizas para sua atuação sejam relativizadas. O juiz, ao analisar um precedente, escolherá quais elementos presentes nele poderão ser generalizados a ponto de servir como orientação para o caso atual. Como dois casos dificilmente são idênticos, serão os elementos selecionados do precedente que guardam alguma conexão com o caso novo - podendo essa conexão ser de maior ou menor grau, conforme a semelhança dos casos em questão - que serão generalizados para formar a regra para o caso novo. Esses elementos não se limitam aos fatos, podendo ser os fundamentos apresentados pelo juiz, categorias de classificação dos elementos fáticos. Todos esses elementos podem ser generalizados para construção dessa regra.

A quebra com teorias positivistas do direito que ocorre durante o século XX e o reflexo dessa mudança na doutrina do precedente pode ser compreendida com base nas obras de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. A aproximação destes autores não se dá pela coincidência de suas visões sobre o papel do precedente no direito, mas sim em função do efeito que entender o direito como uma prática social argumentativa traz para a concepção de precedentes e seu papel no sistema jurídico.

⁹¹ Isso não quer dizer que não existam problemas de interpretação e aplicação das regras legisladas. De fato, a verificação da aplicabilidade de uma regra legislada a um caso concreto pode ser extremamente complexa, tendo em vista a inerente abertura do texto à interpretação, as inúmeras possibilidades de compreensão e averiguação dos elementos fáticos do caso, entre outras tarefas interpretativas que o juiz desempenha para a solução de um caso concreto. A diferença que se quis apontar aqui é unicamente a existência de uma etapa a mais na aplicação do precedente, que envolve a própria elaboração da prescrição genérica. No caso da aplicação de regras legisladas essa prescrição já é dada, enquanto que na aplicação de precedentes ela é realizada pelo próprio juiz, tendo por base a solução dos casos precedentes.

Em sua clássica descrição da formação e desenvolvimento do *common law*, Ronald Dworkin⁹² se utiliza da metáfora do romance em cadeia a fim de ilustrar o trabalho do juiz no momento em que toma novas decisões. Segundo o autor, o trabalho de um juiz se aproxima ao de um escritor de romances. Se um grupo de romancistas recebe a atribuição de escrever uma história de uma forma seriada, cada um deles interpretará os capítulos que recebe a fim de escrever seu próprio capítulo, acrescentando ao texto em desenvolvimento novos personagens, novas tramas e novos elementos. Cada um desses escritores deve escrever seu capítulo de modo a construir o romance da melhor forma possível, levando em consideração tudo aquilo que foi agregado anteriormente, evitando que a soma dos capítulos se dê de modo truncado, ou seja, criando conjuntamente uma obra única. Ainda que escrito por diferentes mãos, o conjunto daquilo que é escrito deve ser desenvolvido como se fosse escrito por apenas um autor, ao invés de vários. Essa metáfora é justamente uma proposta de equacionamento da tensão entre liberdade judicial e restrição de arbitrariedades por meio do uso de precedentes na decisão dos casos concretos. Os diversos autores do romance possuem liberdade para criar, mas não se trata de uma liberdade plena, pois, do contrário, o romance não seria construído consistentemente.

Acontece que esse conjunto de autores se distribui não só no espaço, mas também no tempo, fazendo com que haja uma diferença nas expectativas do trabalho daquele que começa o romance para aquele que já recebe o livro escrito pela metade. Para este, as possibilidades de escolha são mais restritas - já que sua tarefa de elaboração de seu capítulo deve respeitar a obra já construída. E da mesma forma como esse grupo de romancistas trabalham é que trabalha o juiz na construção do direito por meio das decisões que toma. Por fazer parte de uma comunidade determinada, os princípios políticos e morais já estão determinados, incentivando o juiz a seu respeito e fomento, no conteúdo das suas decisões. As escolhas daqueles juízes que se deparam com o romance escrito pela metade não são nem totalmente livres nem totalmente limitadas. Há em seu trabalho componentes de liberdade criativa mas ao mesmo tempo há limitações já que não se trata da construção de um capítulo isolado, mas sim de um elemento dentro de um conjunto já elaborado.

Nesse processo de desenvolvimento do direito, os precedentes exercem uma influência sobre a decisão de novos casos que não se restringe aos limites linguísticos das

⁹² Ronald Dworkin, *Law's empire*, Cambridge: Belknap Press, 1986

formulações de seu conteúdo. Para Dworkin, além das formulações específicas presentes nos precedentes, as decisões anteriores exercem uma força gravitacional sobre as novas decisões, “mesmo quando se situam fora de sua órbita particular”⁹³. Isso quer dizer que diferente das escolhas tomadas pelo legislador, que ao votar pela aprovação ou não aprovação de uma lei, é independente daquilo que é, ao menos do ponto de vista formal, votado pelos legisladores que vieram antes dele, não havendo no seu modo de trabalhar a necessidade de justificação formal das suas escolhas, a atividade judicial não se dá em um ambiente em que prepondera a liberdade e a discricionariedade. As decisões tomadas pelos demais juízes interferem nas escolhas feitas por cada novo juiz, já que ele deve associar a justificação que ele apresenta para as novas decisões ao conteúdo das decisões tomadas no passado pelos demais juízes. É essa tendência à atração que as decisões anteriores tem sobre as novas, fazendo com que o juiz não seja inteiramente independente para sua tomada de decisão que explica a *força gravitacional* dos precedentes.

Um elemento que precisa ser ressaltado aqui é que diferente de um entendimento de tradição positivista do papel do precedente, a força gravitacional das decisões anteriores não se iguala à uma noção de vinculação forte sobre o dispositivo final de uma decisão. Essa força gravitacional está presente nos argumentos de princípio usados para fundamentar uma decisão, não estando restrita ao que especificamente foi decidido anteriormente. Em suas palavras,

“Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. (...) Ele insistiria em que a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular.”⁹⁴

Assim, ele se refere a precedentes como um conjunto de princípios que influenciam um determinado resultado nas novas decisões, mas que não têm o poder de comandá-lo, preferindo descrever a força dos precedentes como gravitacional e não compará-la à promulgação de uma lei. Incluindo uma razão de justiça para a necessidade da prática de seguir o precedente, o elemento que explica a força gravitacional das decisões é a equidade que exige um tratamento semelhante em casos igualmente semelhantes, mais do que a

⁹³ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.174 e ss

⁹⁴ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op.cit., p.174.

simples promulgação da decisão final feita no caso anterior. Para determinar o peso que uma decisão anterior exerce sobre uma nova decisão, precedente e caso novo devem ser analisados sob os aspectos de uma doutrina da equidade, que segundo Dworkin “oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade”⁹⁵. Esse peso deve ser atribuído aos argumentos incorporados aos precedentes, às razões presentes nas decisões anteriores. É com base neles que o juiz reconstrói o princípio com base no qual o caso anterior foi decidido. Essa reconstrução se dá frente a um conjunto de leis e precedentes, que ele conciliará de modo a decidir seu caso novo⁹⁶.

MacCormick critica essa tarefa que Dworkin atribui ao juiz, que “deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”⁹⁷. Segundo MacCormick, o juiz “não é super-humano e não pode pensar em tudo”⁹⁸, o que faz com que sua tarefa na decisão de um caso concreto seja resolver as disputas presentes no caso de acordo com os termos que são apresentados ao próprio juiz pelas partes, justificando suas escolhas de modo a evidenciar sua correção jurídica. Essa correção inclui a necessidade de demonstrar que a solução adotada para o caso em disputa não se limita às partes que se encontram momentaneamente em juízo, mas que possam ser generalizáveis de modo a poder ser aplicada a toda situação em que quaisquer outras pessoas “que satisfaçam as mesmas qualificações e se engajem nos mesmo atos nas mesmas circunstâncias”⁹⁹. Esse apoio da aplicação dos precedentes em uma exigência de justiça formal tem assim um aspecto prospectivo, além do retrospectivo.

O discurso sobre a justificação, necessário para compreender uma teoria sobre o precedente, gira em torno de um conceito essencial, o da *universalizabilidade*, termo

⁹⁵ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op.cit. p.177

⁹⁶ Dworkin afirma, entretanto, que essa tarefa atribuída ao juiz Hércules dificilmente será satisfeita, já que “a exigência de uma consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a ideia de que, ao aplicar essa exigência, pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada. Isso porque ele será incapaz, mesmo com toda sua soberba imaginação, de encontrar qualquer conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes.” *Levando os direitos a sério*, op.cit., p.186

⁹⁷ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op.cit., p.182

⁹⁸ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p. 197

⁹⁹ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p.197

utilizado por MacCormick para determinar que “juízes devem universalizar regras o melhor que puderem dentro do contexto de uma ordem jurídica existente e estabelecida”. É essa ordem jurídica estabelecida que faz com que as decisões tomadas não sejam completamente livres e indeterminadas. Isso leva a uma limitação das possibilidades de alteração do que já foi decidido antes e se encontra nos precedentes. Os fundamentos das decisões anteriores representam essa limitação e exercem uma grande influência para a definição da solução dos casos novos. “Para que haja razão suficiente que justifique não seguir um precedente, seria necessário mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão”¹⁰⁰.

Ao tratar da aplicação de precedentes, MacCormick apresenta uma definição de *ratio decidendi* como uma

“justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso”¹⁰¹.

A *ratio* inclui, dessa forma, a solução para uma questão presente no caso e a justificação apresentada para essa solução, deixando evidente que um único caso poderá apresentar diversas *rationes decidendi*, dependendo da quantidade de questões que são solucionadas pelo juiz para a decisão completa do caso¹⁰². Esse posicionamento acaba por conferir um peso menor ao caráter vinculante das decisões anteriores, representando uma doutrina fraca do precedente vinculante. Por serem limitadas às questões decididas pelo juiz com base nos argumentos trazidos pelas partes, o poder de vinculação dessas proposições que formam as *rationes* é baixo, o que faz com que o conceito de *ratio* estabelecido por MacCormick, que é considerada uma visão formalista, acabe não caindo na defesa de uma doutrina estrita do precedente vinculante. O conceito formal de *ratio*

¹⁰⁰ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p.199

¹⁰¹ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p.203

¹⁰² Quando trata da multiplicidade de *rationes*, MacCormick fala ainda da possibilidade de múltiplas *rationes* em decorrência da pluralidade de votos que são proferidos pelos juízes em decisões tomadas de modo colegiado. Nesse cenário, se todas as *rationes* forem consistentes entre si, todas poderiam ser seguidas. Esse modelo, entretanto, não fomenta um grau elevado de coerência no tempo, e todas as proposições presentes nesse precedente deveriam ser consideradas persuasivas, não vinculando as futuras cortes a nenhuma dessas *rationes*. Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit. p. 204

decidendi criado por ele é tão limitado que leva à sua relativização como elemento estritamente vinculando, colocando de volta nas mãos dos juízes a possibilidade de reinterpretação desses pontos fixados nos precedentes, fazendo do direito jurisprudencial um elemento “aberto e flexível no decorrer do tempo”¹⁰³.

Diante dessas definições, a diferenciação que se propõe aqui, para que posteriormente se estruture uma leitura crítica do modo como o precedente é usado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, é, de um lado, a visão de precedentes tal como proposta por teorias positivistas que entendem o precedente exclusivamente como o elemento vinculante das decisões, fruto do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar à solução final do caso concreto e, de outro, pelas abordagens que podem ser chamadas de pós-positivistas, ou neoconstitucionalistas¹⁰⁴, que incluem um elemento argumentativo na definição do precedente, afastando dessa forma uma visão completamente vinculante. Nesse sentido, o direito jurisprudencial é visto como

“um direito abundante e argumentativo no qual a sub-regra que anuncia a sentença está frequentemente ‘escondida’ ao longo das motivações. Isso faz com que, às vezes, uma pequena e às vezes mínima sub-regra de direito seja construída (e talvez finalmente justificada) em abundantes parágrafos e argumentos.”¹⁰⁵

Assim, diferente da regra criada pelo legislador, que tem um número restrito de palavras, a regra ou norma criada na decisão judicial é abundante em classificações e argumentos. A norma está “escondida” em meio a um texto farto. Essa densidade argumentativa muitas vezes dificulta a extração da norma presente no precedente, mas ao mesmo tempo caracteriza sua flexibilidade interpretativa.

E é justamente essa grande densidade argumentativa das decisões que faz com que o precedente possa, de modo geral, ser analisado e aplicado pelo juiz de um modo diferente de como as regras legisladas são. Voltando ao modelo apresentado por Frederick Schauer,

¹⁰³ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p.195. Sua defesa de uma compreensão persuasiva de precedentes, entretanto, não impede que sejam identificados, na fundamentação das decisões, proposições pontuais e determinadas que não possam ser vinculantes em determinados momentos.

¹⁰⁴ Pós-positivismo ou neo-constitucionalismo são termos não precisos e se referem a teorias jurídicas elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, que caracterizam especialmente pela rejeição ao formalismo encontrado nas teorias anteriores. Não se trata de uma conceituação única e também não é aceita por todos os autores. Para comentários sobre características atribuídas a essas teorias, cf., entre outros, Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005.

¹⁰⁵ Diego López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, op.cit., p.9, tradução livre.

o trabalho do juiz ao reconstruir a regra presente no precedente a fim de estabelecer o que será decidido no caso novo, diante desse conjunto de fatos e argumentos contidos no precedente, inclui construir a regra que será aplicada ao caso novo, generalizando a partir dos dados que lhe são conhecidos por meio das regras particulares presentes nos precedentes, etapa que não está presente na aplicação das regras legisladas, já que estas já são generalizações de situações hipotéticas construídas pelos legisladores.

Esse caminho de desenvolvimento de visões do precedente não foi apresentado de modo a adotar um posicionamento ou outro, ou afirmar a superioridade de um sobre o outro. Ao contrário, a verificação das características do modo como o precedente é utilizado pelo STF, como se verá a seguir, aproxima o tribunal a uma visão positivista de precedente, em que o uso dessa ferramenta se restringe à identificação da regra que gerou a solução do caso anterior. Esse comportamento diante dos precedentes será analisada nos capítulos subseqüentes da tese, bem como as críticas a esse posicionamento. Antes disso, no entanto, algumas ressalvas são necessárias.

2.2. Afastamento de algumas dicotomias na compreensão do precedente

Diferente do que é feito na grande maioria dos trabalhos sobre o tema que são desenvolvidos no Brasil, a ideia de precedente aqui adotada não tem uma relação necessária com a característica do efeito vinculante. Em diversas ocasiões, a vinculação aparece como o elemento mais importante para muitos daqueles que tratam do tema de precedentes, sendo inclusive utilizado como critério de identificação dos precedentes, só sendo chamado de precedente a decisão, ou o grupo de decisões, que apresentem força vinculatória.

Ainda que a finalidade da tese esteja voltada à análise empírica da utilização de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, o estudo da literatura que se volta à compreensão do precedente no Brasil, que será abordada neste tópico, mostrou-se apoiar em grande parte nessa aproximação entre precedentes e efeito vinculante e por isso tornou-se relevante para o desenvolvimento da tese, pois permitiu identificar quais são as ideias e os problemas apontados pelos autores e qual é o tipo de informação ao qual se tem acesso

ao se tratar de precedentes no Brasil. Essas informações são relevantes não apenas para identificar o que é produzido sobre o assunto, mas principalmente para apontar quais são os entendimentos ou problemas mais disseminados a respeito dos precedentes. Nota-se que o principal aspecto encontrado nesses textos está voltado a questões formais, especialmente processuais, da caracterização do precedente e por essa razão o foco desses textos está em determinar como a legislação vem alterando no passado recente o *status* das decisões judiciais com relação às fontes do direito. Não sendo possível dissociar essas questões tratadas pela literatura do modo como as decisões acabam sendo utilizadas pelo Poder Judiciário, tornou-se relevante apontar quais são esses posicionamentos mais recorrentes e em que medida eles estarão presentes na compreensão desenvolvida pela tese acerca da presença de precedentes na fundamentação das decisões do Supremo.

Em primeiro lugar, atrelada a uma visão mais legislativa do tema, a discussão em torno das fontes do direito e a problemática de se tentar situar o precedente dentre as fontes reconhecidas pelo ordenamento brasileiro, são alguns dos temas mais recorrentes quando o assunto é tratado pela literatura brasileira, usualmente apontando para o não reconhecimento do precedente - das decisões judiciais tomadas isoladamente - como fonte do direito brasileiro.

Percebe-se, assim, o estabelecimento de uma dicotomia entre sistemas de *common law* e de *civil law*, que por reconhecer diferentes fontes básicas do direito, acabam por diferir no modo como o direito como um todo é compreendido e aplicado, gerando métodos de raciocínio legal diferenciados. Essa compreensão da relação entre os sistemas jurídicos, que é compartilhada por diversos autores nacionais e estrangeiros, deixa de levar em conta, porém, o fato de que compreender o precedente unicamente a partir da lógica das fontes do direito retira seu peso argumentativo por tratá-lo como um elemento meramente auxiliar na tomada de decisão, mitigando assim a importância do precedente judicial na argumentação da corte. O tópico 2.2.1 a seguir será voltado a essa questão e tem por objetivo relativizar a relevância dessa dicotomia para a compreensão do precedente.

Em segundo lugar, a aproximação do modo de funcionamento dos diferentes sistemas jurídicos¹⁰⁶ e o maior acesso a trabalhos e debates sobre precedentes tem incentivado alguns autores¹⁰⁷ a se afastarem um pouco do parâmetro único de reconhecimento ou não do precedente como fonte do direito, passando a reconhecer a influência argumentativa que hoje os precedentes têm no processo de tomada de decisão judicial. Esses trabalhos, que normalmente não se voltam ao tema das fontes, mas acabam se apoiando em outro aspecto formal para a análise do precedente, utilizando a ideia de vinculação como critério para identificação da existência de precedentes. Assim, tratam do desenvolvimento dos precedentes no direito brasileiro com base na multiplicação, especialmente nas leis de direito processual, dos mecanismos de vinculação à jurisprudência produzida pelas instâncias superiores. Sob essa ótica, os precedentes acabam se dividindo em dois grandes grupos: precedentes vinculantes e precedentes persuasivos, ambos existentes no direito brasileiro, porém apenas o primeiro sendo tratado como “verdadeiro” precedente. Ainda dentro dessa perspectiva surgem discussões que contrapõem a crescente vinculação aos precedentes, prevista na legislação, à liberdade decisória do juiz. O livre convencimento do magistrado é usado frequentemente como empecilho para a adoção de doutrinas de precedentes do Brasil. O efeito vinculante como critério para configuração de um precedente será a questão abordada no tópico 2.2.2.

¹⁰⁶ A aproximação entre os sistemas jurídicos é um tema recorrente na literatura nas últimas décadas, cf., por exemplo Tom Bingham. “The Future of the Common Law”, in *The Business of Judging – Selected Essays and Speeches*, Oxford: OUP, 2000, p. 375-89 e Tom Bingham. “A new Common Law for Europe”, in MARKESINIS, Basil (org). *The coming together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 27-35. A comparação entre os sistemas jurídicos feita em Neil MacCormick e Robert Summers, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, Aldershot: Ashgate deixa evidente que a separação absoluta entre os sistemas de civil law e common law em dois grupos absolutamente distintos não reflete o que se observa na prática desses sistemas. O mesmo debate está em Mauro Cappelletti. “The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference – or no Difference at All?”, in. BERNSTEIN, Herbert; DROBNING, Ulrich; KOTZ, Hein (orgs.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 381-393; John Merryman. “On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law”, in CAPELLETTI, Mauro (ed.) *New perspectives for a common law of europe*, 1978, No Brasil: Luis Guilherme Marinoni, “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, in *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009; Evandro Lins e Silva. “Crime de hermenêutica e súmula vinculante”, in *Revista Jurídica Consulex*, v. 1, n. 5, p. 43 – 45, maio 1997.

¹⁰⁷ Cf., entre outros, Patricia Perrone, *Precedentes*, op.cit.; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op.cit.; Luis Guilherme Marinoni, “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, op.cit., são alguns dos autores brasileiros que reconhecem a influência dos precedentes nas decisões judiciais deixando de lado a necessidade de classificações das fontes do direito.

2.2.1. A problemática das fontes e as diferenças de tratamento de precedente no *common law* e no *civil law*

Uma primeira particularidade que pode ser notada em grande parte da literatura relativa aos precedentes são as constantes dicotomias dentro das quais os precedentes são enquadrados. Nessa perspectiva, ser ou não classificado como fonte de direito, apresentar funções diferenciadas em sistemas de *common* e *civil law* ou possuir um papel vinculante ou persuasivo na tomada de decisão acabaram se tornando categorias que organizam a abordagem do tema e que parecem ser essenciais para determinar o modo como precedentes são usados em cada ordenamento jurídico. Assim, ao tratarem de precedentes no Brasil, muitos autores começam por avaliar se estes podem ou não ser classificados como fonte do direito¹⁰⁸. A questão se coloca então na possibilidade de os dispositivos presentes nas sentenças judiciais extrapolarem o problema presente no caso concreto e servirem de guia para a tomada de decisão em casos futuros semelhantes, possibilidade que só existirá se for possível enquadrar o precedente como uma das fontes reconhecidas no direito brasileiro. E a discussão a respeito das fontes leva à separação dos sistemas jurídicos em dois grupos: os sistemas de tradição de *common law* e os de tradição de *civil law*.

Essa distinção rígida entre *common law* e *civil law* é usada como uma razão decisiva para que precedentes apresentem um papel secundário dentre os elementos que compõem o direito brasileiro. Essa colocação surge porque, tradicionalmente, argumentos que afirmam a existência de diferenças estruturais entre *common law* e *civil law* fazem destes sistemas

¹⁰⁸ A maior parte dos trabalhos que tratam de precedentes é feita por autores de direito processual, cf., entre outros, Sidnei Agostinho Benneti. “Doutrina de precedentes e organização do Judiciário”, In FUX, Luiz; NERY JR. Jr, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.), Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 473-516; José Jesus Cazzeta Junior. A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual, 2004; Cristiano Reis Juliani. “A nova redação do Art.555, CPC e a uniformização da jurisprudência”, in Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.30, n.89, mar.2003, p.29-36; Rodolfo de Camargo Mancuso. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; José Rogério Cruz e Tucci. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 Sua maior preocupação é como se dá inclusão do precedente na decisão judicial, quais os efeitos desse uso e a vinculação dos futuros juízes ao que foi decidido em um caso concreto e considerações sobre precedentes figurarem entre as fontes formais do direito. Assim, não são objeto de reflexão desses autores, na maioria dos casos, as principais linhas de pensamento apontadas anteriormente: as justificações formais ou materiais identificadas acima.

completamente distintos e de difícil comparabilidade. Segundo essa visão, o uso de precedentes nesses dois sistemas seria estruturalmente diferente, já que o tipo de raciocínio envolvido em cada um deles é metodologicamente distinto, e, conseqüentemente, impossível de ser adaptado a outros sistemas, fazendo com que sistemas de *civil law* nunca pudessem atribuir às decisões judiciais o mesmo grau de autoridade que lhes é endereçado no *common law*.

Dessa forma, cabe aqui uma reflexão mais detida sobre uma importante premissa na qual esta tese se baseia, segundo a qual as diferenças existentes entre o *civil law* e o *common law* não são suficientes para impedir um estudo sobre precedentes em nosso sistema. Tomando como ponto de partida uma caracterização feita por Lord Cooper sobre as diferenças entre o modo de funcionamento dos sistemas, que deixa evidente essa visão sobre a incompatibilidade entre os sistemas e seu modo de funcionamento, passamos a observar de um modo mais detido quais seriam essas diferenças e por que elas justificariam o afastamento da utilização do precedente como elemento relevante em sistemas de *civil law*:

“Um sistema de *civil law* difere de um sistema de *common law* assim como o racionalismo difere do empirismo ou a dedução da indução. Os membros de sistemas de *civil law* raciocinam naturalmente dos princípios aos exemplos, os membros do *common law* dos exemplos aos princípios. Os que estão no *civil law* colocam sua fé em silogismos, os *common lawyers* nos precedentes; o primeiro silenciosamente perguntando-se cada vez que surge um novo problema “O que devemos fazer desta vez?” e o segundo perguntando em voz alta na mesma situação “O que fizemos da última vez?” O sujeito no *civil law* pensa em termos de direitos e deveres, o *common lawyer* com seu pedigree. O instinto do sujeito no *civil law* é sistematizar. A regra de trabalho do *common lawyer* é resolver caminhando”.¹⁰⁹

E essa diferença entre o modo de pensar o direito e de trabalhar nos dois sistemas se refletirá, segundo esse raciocínio, na forma como cada um deles funciona. Ela continua sendo a premissa de comparação entre os dois sistemas até mesmo por juristas dos dias de

¹⁰⁹ Thomas Mackay Cooper, “The Common and the Civil Law - a scot’s view”, in *Harvard Law Review*, vol. 63, 1950, p.471, tradução livre. Mesmo afirmando ser esta uma visão caricaturizada das diferenças entre os sistemas, e apontando para uma certa tendência dos juristas tentarem minimizá-las, o autor apresenta sua convicção de que as diferenças nos métodos desses sistemas são fundamentais e muito mais significativas do que as aparentes similaridades dos produtos produzidos por processos de pensamento completamente diferentes.

hoje, como Lord Goff, ao tratar do *common law* a partir do ponto de vista de um jurista inglês:

“Em todo caso, o fato histórico de que common lawyers foram criados em uma dieta de case law teve um profundo efeito no nosso método judicial. Common lawyers tendem a proceder por analogia, movendo gradativamente de caso para caso. Nós tendemos a evitar generalizações grandes e abstratas, preferindo formulações limitadas e temporárias, princípios gradativamente emergindo de casos concretos conforme eles são decididos. Em outras palavras, tendemos a raciocinar de baixo para cima, a partir dos fatos dos casos que se encontram na nossa frente, enquanto nossos colegas continentais tendem a raciocinar de cima para baixo, a partir de princípios abstratos incorporados em um código. O resultado é que nós tendemos a pensar em cada caso como tendo um efeito relativamente limitado, uma base para futuras operações enquanto o direito se desenvolve avançando de caso em caso - e ocasionalmente voltando atrás se formos modestos o suficiente para reconhecer que talvez eles tenham ido longe demais.”¹¹⁰

Essas manifestações apresentam a ideia de que a diferença entre os sistemas não está somente na fonte das regras jurídicas, mas sim que elas condicionam o modo de pensar do jurista, dificultando aproximações conceituais entre eles e mantendo o precedente como elemento típico de sistemas de *common law*, inadaptável ou imprestável aos sistemas de *civil law*. Essa visão de incompatibilidade, ou ao menos de diferenciação, com base nas fontes do direito aparece também em análises de Lord Goff:

Se olharmos para a forma do *common law*, a característica distintiva permanece até hoje, que é um sistema de *case law*, no qual o *judge-made law* não é somente fonte do direito, mas uma importante fonte do direito. Nesse sentido, há um profundo contraste com sistemas de *civil law*, que são basicamente codificados e que faz com que, ao menos em teoria, a legislação seja a única fonte de direito.”¹¹¹

Diante desse cenário, mesmo em uma hipótese de aproximação entre *common law* e *civil law* ou, no caso dos precedentes, o uso de precedentes no *civil law* da mesma forma como é no *common law*, esbarraria na indissolúvel diferença metodológica existente na construção jurisprudencial em cada um deles. Apesar de possuírem elementos comuns, os sistemas, segundo esse ponto de vista, funcionariam de maneiras não só diferentes, mas

¹¹⁰ Lord Goff of Chieveley, “The Future of the common law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 46, 1997, p.753, tradução livre.

¹¹¹ Lord Goff of Chieveley, “The Future of the common law”, p.749, tradução livre.

incompatíveis, de modo que seria impossível abordar o tema dos precedentes no Brasil da mesma forma como os precedentes são tradicionalmente entendidos, por exemplo, nos Estados Unidos ou no Reino Unido¹¹².

Mesmo a partir do ponto de vista de juristas que trabalham em sistemas de *civil law*, a incompatibilidade estrutural entre *civil* e *common law* - e daí a impossibilidade prática em se falar de uso de precedentes no *civil law* da mesma forma como no *common law* - é aceita como premissa. Ao tratarem de precedentes no Brasil muitos autores começam por avaliar se estes podem ou não ser classificados como fonte do direito.

É dessa maneira que Tercio Sampaio Ferraz Jr. trata do tema, já que segundo seu entendimento a jurisprudência está inserida na temática da teoria do ordenamento, ou

¹¹² Não são poucos os autores que afirmam existir uma diferença metodológica entre *civil* e *common law*. Nesse sentido, afirma James Dennis: “Deve ser evidente que a teoria do precedente no *common law* ou, *case law*, é incompatível em diversas maneiras com o método legal de decidir um caso no contexto do código civil”. Dennis, James. “Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent”, in *Louisiana Law Review* 54, 1993, p.14, tradução livre. Sobre esse tema cf., Vincy Fon e Francesco Parisi, “Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis”, in *International Review of Law and Economics*, Volume 26, Issue 4, December 2006, p.519-535.

dogmática das fontes do direito¹¹³. Juntamente com os costumes¹¹⁴, a decisão judicial é caracterizada como costume jurisprudencial, estando ambos inseridos em um grupo diferenciado de fontes do direito (separados das constituições, leis, regulamentos, decretos, dos tratados e convenções internacionais) e cuja característica é possuir um menor grau de objetividade devido ao fato de que a construção de suas normas exige um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação. Estaria assim na repetição de uma decisão a transformação do precedente em fonte do direito, assim como no caso do costume. O que fica claro nesse posicionamento é a retirada de autoridade que é feita com relação a decisão individual. A possibilidade de aplicação da regra presente no caso concreto para além das partes não surge do poder decisório do juiz, mas da repetição dessa decisão ao longo do tempo¹¹⁵.

¹¹³ Tercio Sampaio Ferraz Jr, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 240-2.

¹¹⁴ Tratar a jurisprudência como um tipo de costume parece derivar de uma compreensão do direito inglês anterior ao século XVIII, no qual a doutrina do precedente ainda não havia se desenvolvido a ponto de construir o entendimento atual de precedentes. Neil Duxbury trata da diferença entre precedentes e costume, assim como a diferença entre tratar decisões anteriores como exemplos para decisão e como precedentes. “O common law, sistema que originalmente se baseia na regra costumeira, não pode ser confundido com a doutrina do precedente (*stare decisis*), que surge modernamente. São apontadas cinco razões pelas quais precedentes e costume não poderiam ser confundidos. Em primeiro lugar, precedentes e costume podem se opor, já que o argumento segundo o qual precedentes só podem estabelecer direito quando eles estão em consonância com o costume de uma corte data pelo menos da metade do século XV. Em segundo lugar, enquanto juízes que seguem precedentes estão se apoiando no trabalho de outras cortes, os costumes para os quais os juízes buscam autoridade não precisam ter sido legalmente reconhecidos. Em terceiro lugar, costumes se diferem dos precedentes pois eles podem ser imemorais. Enquanto decidir com base no precedente significa comparar o caso presente com um evento passado identificado, decidir com base no costume frequentemente justifica um resultado pela observação de que ninguém se recorda do tempo em que a questão era resolvida de outra maneira. Em quarto lugar, juízes do common law não seguem precedentes simplesmente porque eles existem. Eles seguem precedentes porque eles sustentam linhas específicas de pensamento. Por fim, a principal diferença está em que o common law existe como uma forma de direito costumeiro muito tempo antes de existir uma doutrina do precedente.” (trad. livre). Para mais detalhes sobre a diferenciação, cf. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedent*, op.cit., p.7-9. Na literatura brasileira, uma clara diferenciação entre common law e stare decisis é feita por Luiz Guilherme Marinoni: “Também não há como se confundir common law com stare decisis. Ora, o common law, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos englishmen, existiu, por vários séculos, sem stare decisis e rules of precedent. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não falar na noção de precedentes vinculantes (binding precedents), que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de ratio decidendi.” Luis Guilherme Marinoni, “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p.17

¹¹⁵ Sobre a apropriação dessa visão por parte do judiciário, o desenvolvimento da concepção de jurisprudência dominante, chamada em outros sistemas de constante jurisprudencial, ver capítulo 5.

É interessante observar, também a partir dessa afirmação, o surgimento de uma indiferenciação que se faz entre a jurisprudência, ou seja, um conjunto de decisões genericamente considerado, e o precedente, uma decisão particular. Essa indiferenciação, no entanto, parece inicialmente não existir, já que no momento em que explica o que vem a ser a dogmática das fontes e o surgimento da necessidade de se identificar quais atos geram direito, Ferraz Jr. inclui, entre os “centros irradiadores hierarquizados” - diferentes órgãos internos ao Estado que emanam atos jurídicos capazes de vincular a todos, dependendo de sua origem e força de imposição -, as leis, os decretos regulamentadores, os contratos e as sentenças, entre outros. A menção às sentenças, nesse ponto, se aproxima mais da ideia de precedentes do que de costume jurisprudencial, ou jurisprudência.

Porém, ao incluir a jurisprudência no grupo das fontes costumeiras e atribuir a ela a característica de não ser pontual, mas proveniente de um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, perde-se aqui justamente a noção do precedente judicial, que, por ser uma decisão única tomada por um juiz ou tribunal determinado, não possui a característica de um procedimento difuso, desatrelado a um evento específico no tempo. Pelo contrário, precedentes são decisões específicas e pontuais, marcadas no tempo e no espaço.

A diferença das ideias deve-se ao fato de que normalmente, ou costumeiramente, entendeu-se, ou atribuiu-se, a autoridade somente à “jurisprudência consolidada” e não à decisão particular, ao precedente. A exigência de uma linha jurisprudencial para se reconhecer autoridade às decisões, mais do que a um único precedente, e a dificuldade de se determinar o que significa jurisprudência e quando esta se forma, é que gera a ideia de que esta fonte não provém de um único ato singular. Essa confusão merece mais atenção, pois parece muitas vezes intuitivo entender o direito jurisprudencial como algo etéreo e sem possibilidades de controle, por não ser direito posto. Decisões são escritas e envolvem um acontecimento em particular, que acontece em um determinado momento. A dificuldade está em determinar o que é que pertence ao evento particular e o que perdura como sentido que será usado em outras situações semelhantes por outros juízes na decisão ou por litigantes na adjudicação.

Ocorre que há uma diferença ao se falar em precedente e em jurisprudência, ou em linhas jurisprudenciais. É comum encontrar esse tipo de indiferenciação na literatura

brasileira, sendo em alguns momentos atribuída a força vinculante somente às linhas jurisprudenciais (ou à jurisprudência dominante) e nunca ao precedente isoladamente¹¹⁶.

Assim, ao falar especificamente da jurisprudência, Ferraz Jr apresenta-a como um tipo especial de costume¹¹⁷ e sua consideração como fonte de direito poderia ser explicada fazendo-se referência à diferença de tratamento dos precedentes existente entre as duas tradições jurídicas: a romanística, à qual o Brasil se vincularia, e a anglo-saxônica, à qual se atribui força vinculante aos precedentes judiciais¹¹⁸. Contrapor as duas tradições, então, torna justificado o fato de não entendermos a jurisprudência, ou os precedentes, como fontes do direito, mas apenas, como aponta o autor, “fonte interpretativa da lei”, não chegando a ser fonte formal do direito¹¹⁹. Para o autor, resumidamente, no sistema anglo-saxão, os tribunais inferiores são obrigados a respeitar as decisões dos superiores, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes, sendo que o que vincula na decisão é a *ratio decidendi*, princípio geral de direito que serve de premissa para a decisão e que está aberto à interpretação. Além dessas características, um precedente nunca perde sua vigência, ainda

¹¹⁶ Como, por exemplo, fica expresso no seguinte trecho: “Isso se dá com a jurisprudência consolidada ou sumulada, que projeta efeitos pan-processuais, servindo de referência para a solução de casos análogos. O efeito da decisão é inter-partes mas pode operar como paradigma para a solução de casos afins” Rodolfo Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit.. Importante observar que existe na legislação processual a vinculação à jurisprudência dominante. Assim, por exemplo, uma das possibilidades de tomada de decisão monocrática pelos ministros do STF decorre da existência de jurisprudência consolidada do tribunal sobre a matéria. A norma está presente no Regimento Interno do STF, em seu art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações. Essa regra tem base no art. 557 do CPC: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

¹¹⁷ Outros autores também atribuem a característica de costume à jurisprudência. Assim, “costume judiciário” é o termo utilizado por Rodolfo Mancuso em *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit.

¹¹⁸ Tercio Sampaio Ferraz Jr, *Introdução ao estudo do direito*, op.cit., p.240

¹¹⁹ Diversos são os modos de comparação desses sistemas encontrados na literatura brasileira, sem que nelas se encontre qualquer referência a textos originais ou informações concretas a respeito do tema. Atribui-se ao sistema de precedentes características como falta de certeza, publicidade e possibilidade de compreensão de quais são as regras jurídicas válidas. Assim, afirma, por exemplo, Rodolfo Mancuso: “Lá as decisões baseiam-se em outras decisões judiciais anteriores. O sistema de precedentes, de visibilidade e certeza mínimas, é uma teia de arabescos técnicos, que torna impossível o conhecimento do direito pelo leigo e alarga a faixa de imprevisibilidade (quicá de arbítrio) das decisões judiciais”. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit.

que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido.

O que fica nítido nessa caracterização do sistema anglo-saxão é que a própria linguagem utilizada para explicar o sistema de uso de precedentes em uma tradição jurídica não civilista se apropria de termos pouco atribuíveis aos precedentes, especialmente na atual literatura desenvolvida nos países de common law. Neles não há nenhuma obrigação formal atribuída aos tribunais, para que sigam os precedentes dos tribunais superiores. Como já foi visto anteriormente com mais detalhes, a obrigação de seguir precedentes decorre de diversas razões não exclusivas, que não permitem que se afirme categoricamente que tribunais inferiores são formalmente obrigados a seguir decisões de superiores¹²⁰. A pluralidade de razões favoráveis a essa prática mostra a dificuldade em se fazer tal afirmação, especialmente ao tratar da tradição anglo-saxã de forma tão generalizada¹²¹. Além dessa informação, utilizar termos como vigência e validade ao se referir a decisões judiciais limita a capacidade de compreensão de seu papel no sistema jurídico. Pensar em termos de validade não explica satisfatoriamente o fenômeno do uso do precedente nesses sistemas. Muito já se discutiu sobre o assunto e por diversos autores, sem que uma resposta única tenha sido dada. Decisões são válidas e vigentes para as situações concretas em que foram tomadas, somente. A aplicação dessas decisões como precedentes foge da questão da validade, passando para uma questão em que não se envolve mais o problema da validade ou não-validade, e passando-se à avaliação da autoridade, que admite graus¹²².

Ao contrário dessa tradição, voltando às características apresentadas por Ferraz Jr, está a romanística, encontrada nos povos do continente europeu, herdada por nosso sistema jurídico. A base das decisões judiciais, nesses sistemas, está nas leis positivadas, havendo

¹²⁰ E é justamente essa inexistência de uma obrigação no sentido forte que gera tantos debates e problemas envolvendo o tema. De onde vem essa obrigação que os juízes muitas vezes sentem restringir sua ação e o que a legitima são questões muito exploradas e que não encontram uma resposta única.

¹²¹ A leitura de textos e pesquisas especializadas aponta para uma grande diferença na utilização dos precedentes nos Estados Unidos e na Inglaterra. Nos EUA há na prática uma maior flexibilidade na aplicação do precedente, sendo muito mais comum a não rigidez ao seguir decisões tomadas por tribunais superiores. Já na Inglaterra o precedente é menos questionado, sendo mais rigidamente aplicado por instâncias inferiores. Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, op.cit.. Para uma comparação entre as doutrinas de precedentes entre jurisdições de *common law* e a rigidez do *stare decisis* em cada uma delas, cf. Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit.

¹²² Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, op.cit., p.7-14.

relatos de regras (desde a época de Justiniano) que proibiam explicitamente o uso do precedente como regra aplicável a outros casos. Atribui-se o desenvolvimento dessa ideia à desconfiança frente aos juízes principalmente na época da revolução francesa, sendo de interesse de todos a limitação do poder dessas autoridades¹²³. O que se deixa de lado nessas afirmações é o fato de que atribui-se à necessidade de restringir o poder dos juízes frente à potencial discricionariedade presente na tomada de decisão ao desenvolvimento da doutrina do *stare decisis*.

O interessante desse raciocínio é que tanto precedentes quanto legislação restringem o poder dos juízes, sendo diversos apenas os efeitos e a origem de cada um. Ainda que se entenda que seguir o precedente criado pelo próprio judiciário é uma limitação menor ao poder criador do juiz do que limitar sua atuação com base naquilo que foi criado pelo legislador, vincular a atividade judicial ao que está disposto nos precedentes constrange a discricionariedade judicial. A possibilidade de tomar sempre uma nova decisão para cada caso é tão ou mais arriscada do que a possibilidade de seguir um precedente considerado errado ou prejudicial¹²⁴. Assim, se tomadas isoladamente, cada uma dessas formas de estabelecimento de regras - seja por meio de leis postas, seja por aplicação de precedentes - parece insuficiente para dar conta da regulamentação das condutas em um ordenamento. O apoio exclusivo na legislação pode gerar casos em que as regras são interpretadas de modo diverso por cada juiz que a aplica, enquanto que o uso exclusivo de precedentes coloca o Poder Judiciário na posição de legislador e inovador do sistema jurídico. O que não parece correto, em resumo, é afirmar que impedir a aplicação do precedente é limitar o poder do juiz, com base na ideia de que aplicando leis ele estará mais limitado.

¹²³ O que é contraditório com a ideia de seguir o precedente. Uma vez fixados, seguir o precedente justamente limita a possibilidade de discricionariedade nas decisões, já que o juiz que decide hoje fica restrito ao que foi decidido no passado.

¹²⁴ Uma extrapolação desse raciocínio está justamente em entender o precedente como direito não escrito, gerador de mais incertezas do que certezas. Afirma Rodolfo Mancuso que entre as fontes formais do direito nas ordens de tradição romanística a principal é a lei, enquanto que as subsidiárias são os costumes, princípios gerais, equidade, analogia, as regras de experiência e a doutrina. “Nesse sistema prevalece o direito escrito, diferente do *common law* em que o direito é decorrente dos precedentes”. Para Lênio Luis Streck, a ideia de que precedentes não são direito escrito está na classificação que ele apresenta sobre lei em sentido amplo, que inclui: constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decreto legislativo, resoluções do senado federal, normas subordinadas à lei (decretos, regulamentos, portarias, instruções ministeriais, resoluções do poder judiciário, ministério público, etc). As fontes subsidiárias existem para Lênio Streck em duas hipóteses: quando o ordenamento positivo autoriza ou quando só a utilização do direito escrito se revela insuficiente para a cabal solução da controvérsia. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit., p.78.

Assim, pode-se dizer que atribuir ao ato de seguir o precedente um maior poder ao juiz, quando o que se observa é uma maior restrição a esse poder quando mais a doutrina de *stare decisis* é levada mais a sério. A diferença, como já se afirmou, está na origem das primeiras normas a serem seguidas. No caso de um sistema com base exclusiva em códigos e leis postas, a base principal para decisão não será o precedente, mas sim a obra do legislador. O que se perde, com o afastamento do precedente, é justamente a obrigação dos juízes posteriores em seguirem essa primeira decisão ou motivarem sua descon sideração em casos concretos. A cada novo problema, ainda que idêntico, a decisão terá de ser tomada novamente, sem a garantia de que esta se baseie nas mesmas regras positivadas. A discricionariedade intrínseca da atividade jurisdicional, em tese, mantém-se em cada nova decisão.

Assim, ao apontar a vigência no sistema romanístico do princípio da independência do juiz, regra estrutural do sistema e que atribui ao juiz o dever de julgar segundo a lei e conforme sua consciência, fica mais nítida a dificuldade de se dizer que impedir o uso do precedente significa diminuir o poder do juiz. A independência do juiz, que pode decidir diferentemente do que outros juízes e tribunais decidiram e até mesmo de como ele mesmo decidiu em casos semelhantes existe, é segundo o Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma regra estrutural do sistema que permite que o juiz decida cada caso como se fosse pela primeira vez, sem que isso, de acordo com a tradição romanística, signifique que se está atribuindo maiores poderes aos juízes.

A identificação do precedente como fonte do direito é também objeto de discussão de José Rogério Cruz e Tucci. Segundo este autor, os precedentes judiciais “constituem importante fonte do direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*)”¹²⁵. Para o autor, a relevância do precedente está presente em todas as jurisdições, só restando a especulação sobre se o precedente tem ou não caráter de fonte de lei. Ainda tratando desse tema, a problemática das fontes transcende a vontade do legislador, sendo que o não reconhecimento, na lei, de que a jurisprudência é forma de expressão do direito não tem o poder de excluí-la dessa atribuição. A opção é do intérprete, que acaba por escolher a teoria das fontes que adotará.

¹²⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente como fonte do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18

O primeiro obstáculo, portanto, para a discussão a respeito de precedentes no Brasil está na relativização de sua importância por consequência de não se encontrar dentre as fontes do direito mais tradicionais nos sistemas de *civil law*. Ao contrário desses posicionamentos, o conceito de precedente que adoto não considera essencial a caracterização do precedente como fonte formal do direito. A autoridade do precedente decorre do fato de ser produzido por um órgão estatal dotado de autoridade, o poder judicial, e não depende necessariamente de reconhecimento legislativo. Quem concede legitimidade ao precedente é o próprio julgador.

Existe, entretanto, outras formas de compreensão das fontes do direito e, nesse sentido, propostas alternativas para o entendimento de como se dá a relação entre as regras presentes nos precedentes e as demais normas que compõem o sistema jurídico. Essa teoria tradicional das fontes do direito, apontada pelos autores citados¹²⁶ como obstáculo para a adoção dos precedentes como elemento de fundamentação das decisões judiciais, baseia-se na separação rígida entre o que é identificado como fonte formal do direito e as demais fontes subsidiárias. Tal teoria é resultado do positivismo jurídico do século XIX, que se firma com a criação do Estado moderno e a consolidação do princípio da legalidade, fazendo com que a norma jurídica passasse a ser compreendida e estudada a partir do binômio válido/inválido, dependendo da autoridade e competência daquele que cria a regra.

Na elaboração de uma teoria normativa do precedente judicial, Thomas Bustamante afasta a necessidade de adesão à teoria tradicional das fontes por entender que, de acordo com ela, qualquer fonte de direito, se contrastada com a lei, aparece como fonte subsidiária. Isso porque a doutrina tradicional coloca no Estado legislador a única possibilidade de criação do direito, uma visão que não explica, ou descreve, corretamente o modo como o direito se desenvolve hoje. No atual cenário, em que se reconhece o desenvolvimento de teorias argumentativas ou neo-constitucionalistas de direito, entende-se o direito não por meio de regras jurídicas gerais, mas um conjunto de prescrições gerais e individuais¹²⁷.

¹²⁶ Em especial Tercio Sampaio Ferraz Jr., José Rogério Cruz e Tucci e Rodolfo Mancuso.

¹²⁷ Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit., p.255

A colocação mais adequada para a compreensão de sua teoria normativa de precedentes não está, assim, na distinção rígida das fontes do direito, mas na capacidade justificatória que cada norma adquire na interpretação do direito, concepção desenvolvida por Aarnio. Nas palavras de Tomas Bustamante, trata-se de um conceito

“mais adequado para entender o raciocínio jurídico porque ele abandona a perspectiva do observador (ponto de vista externo) – adotada tanto pelas concepções tradicionalistas (que distinguem entre fontes formais e fontes materiais) quanto pelas concepções positivistas mais contemporâneas como as de Guastini e Shiner – e adota um conceito argumentativo mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto. (...) Todas as razões/fontes do direito (ou da decisão jurídica) potencialmente relevantes devem ser ponderadas para se determinar o sentido da norma jurídica concreta. Como se percebe, adoto uma concepção de fontes do direito em que a locução é entendida no sentido de fontes não de ‘regras jurídicas gerais’, mas do ‘conjunto de prescrições tanto gerais como individuais’ que compõem o direito. Uma ‘norma individual’, no sentido de Kelsen, e uma ‘norma adscrita’, no sentido que adotamos nesse trabalho, constituem também ‘direito’ para fins de se determinar as suas fontes.”¹²⁸

Ao relativizar a divisão rígida das fontes do direito, afasta-se a principal diferenciação entre os sistemas de common law e civil law, abrindo-se a possibilidade de desenvolver outros questionamentos acerca do papel desempenhado pelos precedentes no sistema jurídico. Como afirma Michele Taruffo, independentemente de serem definidos como fonte do direito, os precedentes são frequentemente usados pelos tribunais¹²⁹. Essa constatação, por si só, já relativiza qualquer tentativa de diminuição da importância do estudo dos precedentes, bem como a necessidade de enquadrá-lo na lógica das fontes. Se

¹²⁸ Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit., p.262. Segundo seu entendimento, as fontes do direito, que são então reconhecidas como toda prescrição, geral ou individual, que pode ser utilizada para justificar a interpretação jurídica. Cada uma dessas prescrições terá, para a regulação de um caso particular, um grau diferenciado de vinculabilidade. “Os materiais normativos que são utilizados pelos participantes do discurso jurídico como supedâneo para as pretensões de validade normativa que eles formulam não possuem necessariamente um valor ou nulo ou absoluto nos discursos de justificação normativa. É possível, sim, graus intermediários. Nesse sentido, Peczenik (1989) e Aarnio (1991) propõem classificar as fontes do direito em três categorias: “must-sources”; “should-sources” e “may-sources” (Peczenik, 1989, p. 319-21)”. Idem, p.264. A gradação da vinculabilidade a cada uma dessas fontes depende da ponderação feita pelo aplicador do direito, não havendo assim um esquema rígido construído *a priori*.

¹²⁹ Michele Taruffo, “Institutional factors Influencing Precedents”, in MacCormick and Summers (eds.) *Interpreting Precedents*, op.cit., p.458

ele é utilizado como elemento decisório pelas cortes, deve ser analisado com mais profundidade.

Essa característica é o que faz, segundo Thomas Bustamante, o precedente ser melhor encarado como um instrumento do direito pós-positivista, que não depende do ato de criação de um único ator, podendo ser construído por atores diversos dentro do ordenamento, não podendo se resumir o direito à consequência de um ato único. O precedente dotado de autoridade, ainda nesse raciocínio, depende do reconhecimento da existência de múltiplos centros de produção do direito¹³⁰.

2.2.2. A vinculação aos precedentes e seu uso nos tribunais brasileiros

O segundo obstáculo para o alargamento da compreensão do papel do precedente, uma das premissas desta tese, é, talvez, o tópico mais mencionado quando se trata de precedentes no Brasil. A vinculação ao precedente, característica que normalmente é atribuída pelos autores brasileiros aos precedentes nos sistemas de *common law*, aparece como elemento chave para o tratamento do tema. Nesse sentido, os precedentes acabam sendo separados em dois grupos, os vinculantes e os persuasivos, sendo que apenas os primeiros são reconhecidos como verdadeiros precedentes¹³¹.

Essa distinção se torna ainda mais forte depois das reformas constitucionais e legislativas que introduziram mecanismos de uniformização de jurisprudência por meio da vinculação das instâncias inferiores às decisões dos tribunais superiores em alguns casos específicos. Assim, a partir da Constituição de 1988, ampliou-se o papel das decisões com efeitos vinculantes e gerais, com a alteração do rol de legitimados para proposição de ações de controle concentrado, além da atribuição de maior relevância à jurisprudência dominante dos tribunais. Dentre os exemplos de utilização e importância dos precedentes estão as ações de controle concentrado de constitucionalidade com efeito vinculante

¹³⁰ Thomas da Rosa de Bustamante, Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica, p. 225.

¹³¹ Esse tipo de diferenciação aparece em obras clássicas sobre precedentes, como por exemplo, R. Cross and J.W. Harris, *Precedent in English Law*, op.cit., p.4. Ela também é encontrada na literatura nacional, como, por exemplo, em Patricia Perrone C. Mello, *Precedentes*, op.cit.

(criação da ADC pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993, a extensão dos efeitos vinculantes e gerais aos casos de interpretação conforme à Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto presente no art.28 par. único da lei federal n. 9.868/1999 e a regulamentação da ADPF pela lei federal n. 9.882/1999). Além destas, a introdução da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45/2004 também é apontada por diversos autores¹³² como sinal de adoção de precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro.

No entanto, algumas distinções devem ser feitas para que não se faça uma confusão entre o efeito vinculante de certas decisões e os precedentes vinculantes. Nas decisões com efeitos *erga omnes*, estamos diante na realidade de mecanismos de atribuição de maiores poderes ao judiciário, e em especial ao STF, sem que isso implique em um maior uso de precedentes na fundamentação das suas decisões e nem que isso signifique um maior papel conferido ao precedente pelas demais instâncias. Decisões com efeitos *erga omnes* tornam-se verdadeiras regras oponíveis ao judiciário e à administração, o que não significa que elas se tornem precedentes para nenhuma outra decisão. O efeito vinculante e geral das decisões de controle concentrado não torna a decisão um precedente, mas somente confere um efeito característico a um determinado tipo de decisão. Com relação a outros temas semelhantes essa decisão poderá servir como precedente sendo nesse caso indiferente o fato de se tratar de decisão de controle concentrado de constitucionalidade¹³³.

Como se pode perceber, a maior parte dessas medidas estabelece que a existência de decisões de tribunais superiores seja vinculante aos próprios órgãos do judiciário ou gerem efeitos para além do caso que foi decidido originalmente. Isso não significa, ao contrário

¹³² Cf. Patrícia P. C. Mello, *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008 e José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente como fonte do direito*, op.cit.

¹³³ É da mesma forma que Gilmar Mendes compara a decisão vinculante com precedentes, no momento em que fala que a prática da repetição de decisões nos RE seguindo precedentes é o mesmo que conferir efeito *erga omnes* ao controle difuso. Esse debate encontra-se muito delineado nos votos proferidos na Rcl 4335, na qual buscava-se a atribuição de efeito *erga omnes* para a declaração incidental de inconstitucionalidade da regra que vedava a progressão de regime para presos que foram condenados por terem cometido crimes hediondos. A declaração incidental de inconstitucionalidade foi feita em um HC e, portanto, seus efeitos restringiam-se ao paciente. Diante do pedido presente na Rcl 4335, e especialmente, por sua admissão pelo ministro relator, imaginava-se, à época, que sua decisão representaria uma alteração substantiva no desenho do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, antes da finalização de seu julgamento, a lei n. 11.464/07 foi aprovada, retirando essa vedação e fazendo com que o pedido da Rcl perdesse seu objeto. Para uma análise do que representou a Rcl 4335 em termos de discussões sobre os limites do controle de constitucionalidade, cf. Marcos Paulo Verissimo, “A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”, op.cit.

do que pode parecer, que valorizamos o precedente como elemento dotado de autoridade. Essas medidas, que se voltam na realidade à uniformização das decisões judiciais conforme o padrão estabelecido pelos tribunais superiores, e que tem por finalidade a diminuição do número de casos idênticos nos tribunais, pouco ou quase nada falam sobre o papel que o precedente judicial tem no Brasil. Essas medidas revelam um dado importante a respeito de nossos tribunais, primeiro deixando nítida a necessidade de elaboração de políticas judiciárias voltadas à racionalização da adjudicação e do modo como os processos são tratados no judiciário brasileiro. Entretanto, ao tratar da eficácia das decisões judiciais diferenciando-as com relação ao tribunal que as emana e, especialmente, havendo a necessidade de se regular essa formação de uniformização, fica claro o baixo reconhecimento que se faz da autoridade que um precedente terá, caso não esteja dentro das características requisitadas por esses dispositivos. Ou seja, há a necessidade de um reconhecimento prévio do legislador para que se reconheça que determinadas decisões de alguns tribunais devam ser respeitadas.

O mesmo tipo de entendimento é apresentado por Luís Roberto Barroso, com relação aos efeitos vinculantes e gerais conferidos às decisões de controle concentrado de constitucionalidade¹³⁴. Ao tratar da possibilidade de o STF modificar entendimento já firmado jurisprudencialmente e dos efeitos a serem atribuídos a essa mudança, defendendo a modulação dos efeitos temporais das decisões que modificam jurisprudência fixada pelo STF, o autor ressalta a maior importância dos precedentes no Brasil hoje, encontrada, na sua opinião, na atribuição do efeito *erga omnes* às decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo Luís Roberto Barroso, nos últimos anos a jurisprudência dos tribunais, e em especial do STF, tornou-se elemento fundamental para a estabilidade e a harmonia do sistema jurídico. A observância de precedentes liga-se então a valores essenciais em um Estado democrático de direito, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia. Resumidamente, a ideia de precedente vinculante presente em nosso ordenamento seria o mesmo que a própria doutrina do *stare decisis* segundo a qual juízes e tribunais devem seguir a regra de direito fixada em decisões

¹³⁴ Luís Roberto Barroso, “Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais”, in *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.2, 2006, abr-jun, p.261-288.

judiciais anteriores, sempre que a mesma questão surgir em novas demandas. “No geral, stare decisis equivale ao precedente vinculante (binding precedent): o juiz ou tribunal inferior deve seguir a regra de direito estabelecida, em relação a determinada matéria, pelo tribunal superior”¹³⁵. A vinculação aos precedentes é identificada como um princípio geral, passível de ser afastado excepcionalmente, dependendo da mudança das condições históricas ou da própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma.

O maior problema dessas identificações feitas entre efeito vinculante e aplicação de precedentes, e que são feitas não só pelos autores aqui citados, mas sistematicamente repetidas em textos que tratam de direito processual, é que ao dizer que decisões de controle concentrado de constitucionalidade são precedentes de efeitos normativos confunde-se o conceito de precedente com o efeito de decisões específicas. O que tem de fato efeito geral e contra todos é o próprio dispositivo das decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, visto que nunca nenhuma decisão judicial poderá desrespeitá-la, o efeito vinculante garante a eficácia de uma única decisão, não tendo o mesmo efeito em casos meramente semelhantes. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei só atinge a validade desta mesma lei, não gerando qualquer efeito a uma nova lei - ainda que seu conteúdo seja o mesmo. Na hipótese de haver esta nova lei, somente uma nova declaração de inconstitucionalidade atingirá sua validade (e não a aplicação da primeira decisão, por meio de uma Reclamação ao Supremo Tribunal Federal)¹³⁶.

Com isso, decisões de ADI, ADC e ADPF, bem como súmulas vinculantes não geram precedentes com efeito normativo, mas são elas próprias decisões com efeito normativo, cuja autoridade (decorrente de dispositivo legal ou constitucional) deve ser respeitada sob pena de cassação do ato que a desrespeite. Essas decisões possuem efeito vinculante, o que não significa que são precedentes com efeitos vinculantes.

Assim, há que se fazer uma distinção, em primeiro lugar, entre a maior importância que o STF tem tido nas decisões sensíveis do país e o fato de que os precedentes criados por ele estão tendo mais importância nas decisões judiciais como um todo. Essas duas

¹³⁵ Luís Roberto Barroso, “Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária”, op.cit., p.270

¹³⁶ Isso é inclusive afirmado diversas vezes nas decisões do STF, ao tratar, em decisões de Reclamações, da impossibilidade de uma decisão do STF atingir a possibilidade de o Poder Legislativo criar novas leis.

afirmações não são decorrentes uma da outra, já que decidir mais casos polêmicos não leva necessariamente à utilização dessas decisões como precedentes pelas demais cortes. Em segundo lugar, o problema está também em entender que o efeito *erga omnes* faz com que as decisões do STF possam ser considerados precedentes com força normativa ou precedentes vinculantes. Na verdade eles são somente decisões vinculantes para o caso que se decidiu e seus efeitos não tem capacidade de extrapolar o caso concreto e vincular novas decisões sobre casos semelhantes¹³⁷.

Essa conexão que normalmente é feita entre precedentes e vinculação restringe as possibilidades de compreensão do precedente no sistema jurídico brasileiro. Entender precedentes com base unicamente no efeito vinculante é apontado por Moral Soriano como uma abordagem empobrecedora do tema na análise do precedente em sistemas de *civil law* e do seu papel como elemento de justificação de decisões judiciais, tanto como forma de argumento de autoridade como argumento substancial, parte da constatação de que em sistemas de *civil law* o precedente é sempre estudado sob a perspectiva da doutrina das fontes do direito¹³⁸. Nessas abordagens, em cada ordenamento seriam identificados quais elementos são reconhecidos como fonte do direito e quais não são, na tentativa de enquadrar o precedente em alguma das fontes formalmente reconhecidas. Para a autora, a comparação entre a doutrina do precedente e a teoria das fontes do direito, no que se refere à vinculação que cada sistema atribui ao precedente, pode dar a entender que o precedente tem importância diferente nos dois sistemas: enquanto que em um ele é a regra de um caso, no outro ele é apenas um dos elementos do sistema jurídico.

Acontece que essa conclusão que retira o peso das decisões judiciais em sistemas de *civil law* pode ser afastada se a vinculação for ignorada como critério de comparação. Ou seja, a partir do momento em que a vinculação aos precedentes ou a classificação das fontes não são mais utilizados como únicos critérios de comparação entre os usos do precedente, é possível o desenvolvimento de reais análises comparativas e da percepção de

¹³⁷ Essa discussão fica um pouco mais complexa com a atribuição de efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões judiciais, proposta defendida, inclusive, pelo ministro Gilmar Mendes em, por exemplo, “A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal”, in Marcelo Novelino, *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*, Salvador, Jus Podium, 2008, p.401-435.

¹³⁸ Leonor Moral Soriano, “The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems”, in *Ratio Juris*, Volume 11, Issue 1, p. 90–102, March 1998

que em sistemas de *civil law* o precedente pode ter um papel muito significativo na argumentação jurídica, assim como no *common law*. A avaliação desse papel, o peso dado ao precedente, poderá com isso ser considerado em cada ordenamento¹³⁹, já que a inexistência de uma força vinculante formal dos precedentes não nega toda autoridade normativa existente nas decisões¹⁴⁰.

A partir desse afastamento¹⁴¹, abre-se a possibilidade de análise do uso do precedente baseado em outros critérios de comparação, sendo inúmeros os níveis de discussão que podem ser travados tendo por base o conceito de precedente em um sistema jurídico, independentemente de se tratar de *civil* ou *common law*. Entre essas discussões pode-se mencionar a relação do precedente com o conceito e o desenvolvimento do positivismo jurídico, especificamente a criação do conceito de *ratio decidendi* e sua ligação com a necessidade de se demandar maiores ônus argumentativos quando da criação de direito pelo aplicador, discussões acerca dos limites do precedente em termos de desenvolvimento do direito, arbitrariedade e discricionariedade judiciais, a análise da coerência de um tribunal no tempo, o respeito hierárquico das cortes inferiores aos precedentes criados pelas supremas cortes, a possibilidade de concretização de conceitos abertos presentes nos dispositivos legais e constitucionais e a conseqüente diminuição da litigiosidade em torno de determinados conceitos que ganham concretude na medida em que são fixados pelas

¹³⁹ A questão seguinte que é proposta pela autora - sobre o que poderia ser usado como critério de comparação - seria mais uma razão para a adoção de uma perspectiva argumentativa, que será tratada em outros momentos ao longo do presente trabalho. Resumidamente pode-se dizer que a atividade judicial não deve ser reduzida à doutrina do precedente, ou à doutrina das fontes. Como MacCormick afirma, a autoridade atribuída ao precedente (e às leis também) é uma razão para decidir um caso, mas não é uma razão definitiva, e nem necessariamente uma boa razão. Juízes decidem legalmente e racionalmente. O ponto de partida teórico é considerar o processo de aplicação do direito como algo principalmente argumentativo. Desse ponto de vista, a relevância da questão da vinculação é reduzida em favor de outro, relacionado ao uso argumentativo do precedente como um argumento para justificar futuras decisões judiciais. A relação do processo argumentativo de justificação e a aplicação do precedente será tratado em tópico específico.

¹⁴⁰ Jan Komárek, “Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court”, op.cit., p.4

¹⁴¹ Mesmo em publicações recentes que tentam romper com a literatura positivista e formalista da compreensão do direito contemporâneo, esbarra-se na tentativa de classificar ou ao menos explicar o fenômeno da valorização da jurisprudência como fonte do direito. “A compreensão da dicotomia entre fonte formal e fonte real do direito é extremamente importante para a avaliação do papel desempenhado pela jurisprudência nos países do *civil law*.” Patricia P. C. Mello, *Precedentes*, op.cit., p.66. Dessa forma é apresentada a maior importância das decisões judiciais como fonte reconhecida do direito: em função da tarefa conferida ao judiciário, de explicitar o significado dos comandos abertos e abstratos veiculados nas normas gerais de estilo romano; a ideia de supremacia da constituição e a necessidade de preservar a sua força normativa; e o grande volume de casos levados a juízo, que gera a necessidade de se conferir uniformidade e credibilidade aos julgados e limitar a discricionariedade dos magistrados.

decisões judiciais ou a possibilidade de engessamento da jurisprudência e as consequências desta para a democracia, entre outros.

No Brasil, por exemplo, a análise do precedente que se utilizasse da vinculação como critério de identificação de precedentes ficaria restrita às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (as ADIs, as ADPFs e as ADCs), ignorando por completo uma enorme gama de decisões tomadas tanto pelo STF quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário. Além dessas, o critério de vinculação incluiria as súmulas vinculantes¹⁴². O problema em chamar de precedentes somente aquelas decisões que possuem eficácia vinculante está em desconsiderar as demais decisões como elementos possuidores de autoridade normativa. Muito da discussão sobre o poder de criação do direito dos juízes tem como foco somente na criação do direito para a solução de um caso em concreto, e confunde essa criação com a vinculação das decisões judiciais¹⁴³.

Mesmo em uma cultura de respeito a precedentes, na qual juízes se preocupam em demonstrar, por meio das decisões judiciais, existir uma relação entre decisões atuais e anteriores, a vinculação não é responsável pelo uso recorrente de precedentes. Esse respeito aos precedentes aparece no diálogo com decisões passadas, que acontece seja para aplicar essas decisões passadas, seja para explicitar o porquê de sua não aplicação¹⁴⁴. Isso significa que, ao invés de posicionamentos fixos e inalteráveis, precedentes são decisões

¹⁴² Não considero as súmulas (vinculantes ou não) como precedentes por não se tratarem de decisões proferidas pelo tribunal para a solução de um caso concreto. As súmulas, apesar de terem como condição de elaboração a reiteração de uma determinada decisão judicial, não são decisões de casos concretos, mas enunciações normativas retiradas dessas reiteradas decisões. No entanto, incluo as súmulas vinculantes como objeto de estudo desse trabalho, não em função destas serem consideradas precedentes vinculantes, mas sim porque sua formação depende da identificação de precedentes por parte do STF. Dado que um dos requisitos para elaboração de súmulas vinculantes é a existência de reiteradas decisões sobre um determinado tema, é essa avaliação que o STF é obrigado a fazer em relação à sua própria jurisprudência que interessará os debates aqui suscitados. Sobre a elaboração das súmulas vinculantes e a avaliação dos precedentes para tal, ver cap.5 da tese.

¹⁴³ Jan Komárek, “Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court”, op.cit., p.20

¹⁴⁴ A importância do respeito ao precedente também ganha relevância quando se trata da solução de conflito entre direitos fundamentais. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: “*Respeito a precedentes* pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores. (...) Nesse sentido, a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento *diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes*.” (grifos no original). A relação entre precedentes e diminuição da discricionariedade judicial e da insegurança na decisão desses conflitos será tratado com maior profundidade em tópico específico. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p.376.

sujeitas à revisão e sua utilização na argumentação das decisões novas não necessariamente depende da aplicação integral daquilo que foi decidido no passado. O direito jurisprudencial pode ser aberto e flexível no decorrer do tempo, deixando evidente que o que caracteriza o respeito a precedentes não é a vinculação que deles decorre, mas sua consideração como elemento capaz de influenciar novas decisões.

Apesar disso, o que se percebe na literatura brasileira mais corrente é que a própria visão e classificação dos precedentes segue uma lógica preponderantemente processualista, voltada à compreensão das regras principalmente presentes no Código de Processo Civil que disciplinam o efeito das decisões judiciais. A caracterização dos precedentes, nesse ponto, não parte de uma análise das práticas dos tribunais e nem do papel que os precedentes têm na argumentação dos juízes.

Assim, o que o apego à noção de vinculação faz é o reconhecer que algumas regras produzidas pelo judiciário devem ser aplicadas a todos, assim como o são as regras produzidas pelo legislativo. Em nenhum momento o precedente é tratado como um conjunto de argumentos que fundamentam os dispositivos das sentenças. Essa característica é essencial para compreender o papel que a legislação tem atribuído às decisões judiciais e, conseqüentemente, o papel que advogados, juízes e diversos autores têm dado a essas decisões. Nesse ponto é importante lembrar do que foi já tratado a respeito do desenvolvimento do common law e a mudança que a preocupação com as razões de decidir nas decisões judiciais promoveram em termos de desenvolvimento da doutrina do precedente. Até o momento em que as decisões eram tomadas sem que as razões fossem apresentadas ou interpretadas, a força dos precedentes nas decisões judiciais era extremamente reduzida quando comparada com a adquirida após a crescente inclusão de razões para fundamentar as decisões¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Art.557 do Código de Processo Civil: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Alguns desses mecanismos de uniformização da jurisprudência também são apontados por Cruz e Tucci como elementos que evidenciam a atual relevância que os precedentes tem em nosso ordenamento jurídico. Assim, a uniformização da jurisprudência por meio de precedentes sumulados, presentes nos artigos art.476 a art. 479 do Código de Processo Civil, fazem da uniformização da jurisprudência não uma faculdade, mas um dever do juiz. O autor afirma que esse mecanismo usado somente pelos tribunais superiores (STF e STJ) enquanto que não é muito aceito nos demais tribunais. Além desse, a já mencionada possibilidade de decidir monocraticamente o recurso que trate de matéria objeto de jurisprudência consolidada, é outro dos mecanismos apresentados pelo autor como valorizadores do precedente no ordenamento brasileiro.

Apesar das abordagens mais recorrentes no tratamento do precedente na literatura nacional colocarem um peso grande na classificação das fontes do direito e na característica da vinculação como elemento de reconhecimento de precedentes, esses não serão os principais aspectos considerados pela presente tese¹⁴⁶. Há diversos tipos de abordagens a partir das quais o tema dos precedentes judiciais pode ser estudado. Como já afirmado, entendo que algumas abordagens tradicionais podem ser muito empobrecedoras, como por exemplo a já mencionada discussão acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de se falar em precedentes em sistemas de *civil law*, nos quais a doutrina das fontes aparece como entrave ao desenvolvimento de uma doutrina do precedente, fortemente desenvolvida em sistemas de *common law*.

A fim de realizar um estudo que permita compreender de um modo mais detalhado a forma como precedentes são utilizados na jurisprudência do STF sobre direitos fundamentais, é necessário um conceito menos rígido de precedente. Não só o uso do precedente em sistemas de *civil law* é apontado como marca dessa aproximação entre os sistemas, já que eles têm suas características relativizadas inclusive por autores que fazem análises do modo de funcionamento dos sistemas de *common law*, quase dissolvendo a possibilidade de existir algum ordenamento que possa se alinhar a exclusivamente um desses sistemas. Ao descrever a importância que as normas provindas do legislativo têm em sistemas jurídicos como o escocês, MacCormick afirma que:

“Os sistemas de *common law* também contêm leis escritas. Hoje muitos dos ramos do Direito são estruturados por leis escritas, ou contêm predominantemente importantes peças legislativas, e isso é verdadeiro ao longo de todos os ramos do Direito, tanto em sistemas de *common law* como em sistemas mistos ou em sistemas puros de *civil law*”¹⁴⁷

¹⁴⁶ Estes não são, evidentemente, os únicos modos de abordagem do tema existentes na literatura. Especialmente dentre os trabalhos mais recentes, há um número considerável de autores que tratam de aspectos mais inovadores relativos ao tema, como é o caso de Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit., Luiz Guilherme Marinoni, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, in *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.497, entre outros. A existência desses trabalhos deixa claro que não é possível uma generalização tão simplificada dos entendimentos encontrados na literatura. No entanto, o que se apresentou acima foi uma coletânea dos argumentos mais frequentemente encontrados, e que acabam por influenciar muito a forma como o precedente é encarado pelos próprios tribunais.

¹⁴⁷ Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit., p.59

Tom Bingham também trata da multiplicação de leis no sistema britânico como algo inevitável, mas que não se apresenta como ameaça ao sistema jurídico, dizendo que:

“Parece inevitável que no futuro, assim como no passado, as leis irão aumentar e se multiplicar. (...) De minha parte eu não vejo a relação entre leis e o *common law* como a relação entre óleo e água, correndo próximos mas separados um do outro em correntes separadas.”¹⁴⁸

Também o sistema norte-americano é fonte de inúmeros exemplos de como o direito legislado é aplicado em um sistema de *common law*, mesmo sendo o judiciário, em especial a Suprema Corte, identificado como uma ativa fonte de criação do direito por meio de suas decisões - leia-se, argumentos somados aos dispositivos, não se limitando aos dispositivos isoladamente considerados - que, dotadas de autoridade, devem ser respeitadas por outros agentes tomadores de decisão, sejam eles atores internos ao judiciário, estejam eles fora dele. Em uma de suas inúmeras pesquisas sobre precedentes na Suprema Corte americana, Hansford e Spriggs¹⁴⁹ demonstram que decisões da corte que se baseiam em leis, além de precedentes, têm mais força e conseqüentemente menores chances de serem superadas. Deixam evidente assim que o apoio em leis gera um efeito substancialmente mais forte quando se analisam as situações em que há superação de precedentes. A interpretação e aplicação de leis, indicam os resultados da pesquisa, aparecem como constrangimento para a capacidade de superação de precedentes dos juizes, fazendo assim decisões mais fortes do que as que simplesmente interpretam a constituição¹⁵⁰. Estaria então nas decisões que se baseiam na interpretação de leis os precedentes mais fortes e potencialmente menos vulneráveis a serem superados por outros juizes.

Em resumo, grande parte das diferenças entre os dois sistemas, citadas por diversos autores e entendidas por muitos como impossibilidades de estudos comparativos ou até mesmo de análise da influência e da aplicação dos precedentes nas decisões judiciais são superestimadas e decorrem de uma incompreensão de como se dá o real funcionamento da aplicação de normas e da argumentação jurídica nesses sistemas.

¹⁴⁸ Tom Bingham, *The future of the common law, in the business of judging - selected essays and speeches*, p. 387, tradução livre.

¹⁴⁹ Cf. James F. Spriggs, Thomas G. Hansford, “Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent”, op.cit.

¹⁵⁰ Isso porque nesses casos o *stare decisis* deve operar mais fortemente já que o congresso tem o poder de alterar as leis de modo a modificar o que a corte decidiu.

O papel mais ativista dos Tribunais Constitucionais, antes conferido somente à Suprema Corte americana, que por meio de suas decisões reconhecidamente cria direito e regulamenta normas que passam a ser aplicadas pelas cortes inferiores, passa hoje a ser atribuído às demais cortes constitucionais, mesmo sendo elas vinculadas a sistemas de *civil law*, podendo ser entendido como uma evidência da aproximação do modo de funcionar dos distintos sistemas jurídicos. A atenção que o STF tem atraído nas últimas duas décadas, não só de juristas mas também da sociedade civil organizada e da mídia, ilustra a enorme preponderância que o impacto das suas decisões tem tido no cenário jurídico do país, protagonismo comumente detectado em cortes ou juízes dos sistemas de *common law*.

Recentemente alguns trabalhos desenvolvidos no Brasil, a despeito da maioria ainda se fixar na análise das diferenças entre os sistemas, trazem como premissa essa constatação da aproximação entre *civil* e *common law*. Luís Roberto Barroso¹⁵¹, ao tratar do fenômeno do atual constitucionalismo brasileiro aponta para essas semelhanças traçando paralelos entre os dois tipos de sistemas. Em trabalho recente sobre o tema dos precedentes, Patrícia Mello¹⁵² também traz um histórico do desenvolvimento dos dois sistemas, desde suas longínquas origens até os dias de hoje, para afirmar a mesma superação da separação estanque dos sistemas. Ainda que questionável a necessidade de se traçar a evolução histórica dos sistemas para demonstrar o modo como hoje se encontram as suas relações tangenciais, pode-se perceber a afirmação constante da impossibilidade de se tratar os ordenamentos de modo isolado, como se cada um se desenvolvesse sozinho, sem o compartilhamento de características comuns aos dois tipos de sistemas¹⁵³.

Common law e *stare decisis* não se confundem, um sendo um sistema de criação e aplicação de regras jurídicas, o outro uma regra (não formal) segundo a qual decisões tomadas no passado devem ser utilizadas como regra para decisões futuras. O fato de um sistema de *common law* ter decisões judiciais como fonte do direito não significa a adoção

¹⁵¹ Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo do direito constitucional no Brasil)”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2005, v.240, p.1-42.

¹⁵² Patrícia P. C. Mello, *Precedentes*, op.cit.

¹⁵³ É importante repetir aqui o que já se afirmou sobre o surgimento do *stare decisis*. A doutrina do precedente, em primeiro lugar, não pode ser confundida com a concepção de *common law* já que esta já existia por muito tempo sem a criação e consolidação da doutrina do precedente. Sobre o desenvolvimento do *common law* e do *stare decisis*, cf., entre outros, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, op.cit., Rupert Cross, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968; Laurence Goldstein (org), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon, 1987; Robert Stevens, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body 1800-1976*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1978.

automática de uma regra de vinculação aos precedentes. O *stare decisis*, ou o princípio segundo o qual se deve manter o que foi decidido previamente, decidindo da mesma forma novos casos que surgem e que comungam de certas características do caso anterior, pode ser entendido de diversas formas dependendo da doutrina que se adota. Ele pode ser entendido, por exemplo, como um princípio formal do sistema jurídico, não dotado de conteúdo material, mas que faz parte da estruturação do sistema jurídico devendo por si só ser respeitado.

Há, ao mesmo tempo, entendimentos que atribuem um conteúdo material a essa obrigação de seguir o que foi decidido anteriormente por juízes, como obrigações de igualdade ou segurança jurídica (ambos direitos fundamentais). O tema não será abordado por esta tese, pois foge de seu escopo. O que se pretende nesse ponto é unicamente apontar para essas diferentes maneiras de se interpretar o precedente e seu papel no sistema jurídico, deixando evidente que essa não uniformidade abre caminho para a utilização de precedentes, pelo sistema jurídico brasileiro, não estar vinculada a uma forma específica criada em outras circunstâncias. Evidenciar a pluralidade de papéis que se atribui ao precedente, e demonstrar a ligação de cada um desses papéis em função de uma teoria de direito é o que se pretende no presente tópico¹⁵⁴. Diferente do que uma visão caricatural do sistema de *common law* poderia indicar, não há como se falar em uma teoria única de utilização de precedentes.

Afastando a problemática das fontes do direito e o critério da vinculação como elemento de identificação de precedentes, não se trata de adotar uma visão restritiva de precedentes, que considere ser um precedente somente aquelas decisões que vinculem o próprio tribunal ou as instâncias inferiores. Como já dito, usar o aspecto vinculante como critério de identificação de precedentes acaba sendo empobrecedor por desconsiderar outros aspectos relativos à aplicação de precedentes, em especial com relação à interpretação, que ficam de fora quando se foca somente a vinculação. Além disso, análises que colocam na vinculação o elemento chave para identificação do precedente baseiam-se,

¹⁵⁴ Sobre o papel dos precedentes na teoria dos princípios (ou *stare decisis* como princípio formal do sistema jurídico) cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op.cit. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, op.cit., Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit.. Sobre justificativas materiais para a obrigação de seguir o precedente ver, entre outros, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op.cit., Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, op.cit.

normalmente, em uma visão superficial do que significa aplicar precedentes em sistemas de *common law*.

Além de não utilizar a vinculação como critério de identificação dos precedentes, não serão também explorados métodos de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* a fim de determinar o quanto uma decisão passada pode, ou deve, influenciar decisões futuras. Um argumento presente em uma decisão anterior, mesmo que não incluindo a decisão final - o dispositivo - poderá ser considerado um precedente. Isso se mostra especialmente relevante quando se leva em consideração o tema escolhido nesse trabalho para a análise do uso do precedente no STF. Decisões anteriores que contenham formas de se raciocinar e aplicar princípios jurídicos podem ser extremamente relevantes para decisões de casos mesmo que eles não tratem da exata matéria decidida no precedente. A distinção rígida entre uma única *ratio decidendi* e *obiter dictum* dificulta a aplicação de raciocínios ou elementos considerados não essenciais para a resolução do caso anterior, estreitando a noção de precedente.

O precedente, se usado de forma meramente ornamental, presente somente de modo formal no argumento da fundamentação, não tem a capacidade de atribuir um maior peso valorativo a essa argumentação. Moral Soriano reafirma a possibilidade de se controlar a racionalidade da argumentação por meio do precedente - diante inclusive dos princípios da universalizabilidade e da inércia, usados por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica. Assim, o precedente pode ser tratado como um dos elementos concretos que permitem a análise e o controle do "grau de coerência" de uma corte. O precedente será entendido como um dos elementos de justificação de decisões - elemento de argumentação. Não como único elemento, determinante para a tomada de decisão, mas como indício de coerência entre decisões, a coerência no tempo.

2.3. Precedentes: conceito adotado e definição dos próximos passos

As diferentes concepções de precedente apresentadas no início do capítulo devem ser entendidas, no âmbito desta tese, como a relativização da necessidade da adoção de um conceito único de precedente a fim de se desenvolver uma análise empírica da

jurisprudência. Ao invés disso, as múltiplas visões escolhidas aqui como expressão das várias formas pelas quais essa ferramenta decisória já foi descrita e compreendida, e seu consequente papel na construção de uma decisão judicial, voltam-se a evidenciar uma importante distinção entre concepções positivistas de precedente de concepções pós-positivistas, ou argumentativas, dos precedentes. Adotar conceitos mais amplos ou mais restritos de precedentes relaciona-se profundamente com a teoria jurídica que se adota, não podendo, assim, ser desconectados.

A distinção entre teorias positivistas e argumentativas orientará a leitura e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, como será visto, essa diferenciação gera impactos não apenas na forma como o direito jurisprudencial é criado, mas, quando se está diante de uma corte constitucional, interfere no modo como um tribunal lida com suas decisões passadas, atingindo inclusive a função que ele desempenha em um sistema jurídico. Dessa forma, identificar o precedente unicamente como resultado de uma avaliação prévia e aplicá-lo de forma vinculada a novas situações - como simplificada mente pode ser dito de uma visão de tradição positivista - contrasta com uma visão argumentativa de precedente, que coloca não só nos elementos decisórios de um precedente a sua autoridade, mas identifica a forma de construção do raciocínio judicial como parte integrante de um precedente. Assim, toda a densidade argumentativa presente em uma decisão anterior pode ser usada como fundamento para novas decisões, ampliando as possibilidades de uso do precedente e das formas pelas quais um caso pode influenciar novas tomadas de decisão.

A partir dessa diferenciação, foram ainda afastadas algumas dicotomias frequentemente encontradas em trabalhos que tratam do tema dos precedentes. A distinção entre common law e civil law não será usada, portanto, como parâmetro de análise, afastando assim a temática das fontes do direito como elemento necessário para a compreensão do precedente. Como já mencionado acima, a tradição jurídica brasileira não dá uma atenção muito relevante ao papel e à força das decisões judiciais como fonte segura do direito, já que o apego ao código e à lei positivada ainda é regra. Isso, porém, não faz da decisão judicial e da aplicação do precedente elementos irrelevantes ou inexistentes no ordenamento jurídico. O uso do precedente é prática recorrente nas decisões judiciais, apesar de o significado dessa utilização ser frequentemente ignorado por conta de sua

posição de subsidiariedade ou complementariedade na argumentação¹⁵⁵. Assim, pode-se dizer que os precedentes estão presentes nas decisões judiciais, mas o peso e o significado jurídico que uma citação de precedente tem parece fazer parte de um entendimento tácito, não discutido claramente.

Resumidamente, o que se pretendeu deixar mais evidente ao longo do capítulo é que existem diversas maneiras de entender e usar o precedente, não sendo uma delas necessariamente intrínseca ao *common law*. Essa desvinculação das ideias de precedente e *common law* deixa o caminho livre para compreender os modos como o precedente é usado em outros sistemas, sem ser necessário o uso de qualquer ressalva com relação ao não pertencimento a um sistema de *common law*. Precedentes são interpretados metodologicamente da mesma maneira nos dois sistemas e a eles podem ser atribuídos os mais diferentes papéis - e consequentemente diferentes graus de liberdade aos juízes no momento de interpretá-los - dependendo da doutrina em que se apóie. Não há mecanismos interpretativos distintos nos sistemas que impeçam o uso de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e é no desenvolvimento das culturas jurídicas que se encontra a explicação para o uso ou não do precedente como elemento chave no desenvolvimento do direito. Estabelecidos esses pontos, passo a discutir o porquê desse tema ter se tornado, nos últimos anos, mais recorrente no discurso do STF e quais os limites do atual modo de utilizá-los por parte do tribunal.

Como será tratado posteriormente, mais do que a diferença entre o funcionamento dos sistemas, é na reiteração de uma cultura de respeito a precedentes - entendidos argumentativamente, e consequentemente, na intenção de se criar decisões claras que sirvam de orientação para a própria corte e para cortes inferiores, de modo a participar na tarefa de desenvolver o direito-, que fica evidente a diferença do STF para outras cortes. Para melhor compreendermos esse tribunal e a concepção de precedente que parece estar

¹⁵⁵ Cabe ressaltar que as Supremas Cortes, ou Tribunais Constitucionais, são órgãos em que o modo tradicional de utilização de precedentes não se aplica completamente. Dada posição de última palavra em que essas cortes se encontram, e as matérias controvertidas com que elas trabalham, o precedente horizontal das Supremas Cortes, mesmo nos sistemas de *common law*, não segue o modelo de aplicação presente nas demais instâncias. Ainda que seguindo a tradição de respeito ao *stare decisis*, nessas cortes a deferência que os juízes tem com relação aos próprios precedentes é sensivelmente menor. Mesmo no Reino Unido, em que desde o caso *London Street Tramways* a Câmara dos Lordes se declarava vinculada às suas próprias decisões anteriores, alterou sua própria política por meio do Practice Statement de 1966. Daí ser possível imaginar que se a utilização de precedentes no STF é uma prática recorrente, ela é comum da mesma forma, ou até mesmo em maior grau, nas demais instâncias do judiciário.

por trás de sua atuação, passamos agora a algumas observações sobre seu recente papel em decisões extremamente relevantes no cenário jurídico brasileiro, um protagonismo que pode ser apontado como consequência das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, que acabaram por afetar seu funcionamento e sua organização.

3. Transformações do Supremo Tribunal Federal e as consequências na compreensão do precedente

Apesar de não terem sido feitas alterações estruturais no Supremo na Constituição de 1988, o novo texto constitucional marca o início das grandes transformações pelas quais o Supremo Tribunal Federal vem passando nas últimas duas décadas¹⁵⁶. Tendo sido mantido o controle incidental de constitucionalidade no sistema jurídico, em que a capacidade de afastar a aplicação de uma lei em função de sua inconstitucionalidade é atribuída a todos os órgãos do poder judiciário, a competência do Supremo para essa tarefa continua prevista no novo texto constitucional. O artigo 102, II e III da constituição atribuem ao tribunal a competência de última instância recursal, numa clara opção do constituinte em não afastar o sistema de controle de constitucionalidade inspirado no “sistema difuso de matriz norte-americana”¹⁵⁷. Em paralelo a essas atribuições de tarefas, a eliminação da relevância geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário representa um fator de grande impacto na possibilidade de acesso ao tribunal para esse tipo de questionamento, mantendo-se, assim, a relevância dessa função no Tribunal.

Ao lado da revisão das decisões das demais instâncias e do controle incidental de constitucionalidade, o STF, que já desempenhava uma função de controle concentrado de constitucionalidade, teve sua competência para essa modalidade de controle sensivelmente ampliada devido, em primeiro lugar, à alteração do rol de legitimados para a proposição de ações de controle principal e, em segundo lugar, pela inclusão, por meio da Emenda Constitucional 3 de 1993, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Considerada no seu conjunto, a abertura do tribunal representada pelas mudanças na previsão de acesso à corte, seja pela via principal de controle, seja pela via recursal, é apontada como expressão da preocupação em ampliar as vias de acesso popular à

¹⁵⁶ Nesse sentido afirma Oscar Vilhena Vieira: “A expectativa de que se criaria um tribunal constitucional especializado, nos moldes dos existentes na Europa Continental, não se confirmou. Isso não significa, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal não tenha atribuições semelhantes às desses tribunais. Não obstante a manutenção da estrutura básica do Supremo, assim como a sua composição, diversas foram as alterações na esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro.” *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*, São Paulo: Malheiros, 2002, p.127.

¹⁵⁷ Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*, op.cit., p.121

jurisdição constitucional¹⁵⁸, acabando por transformar o Supremo de maneira profunda e, no que diz respeito ao uso de precedentes, refletindo também na forma como a jurisprudência é usada pelo próprio tribunal.

O presente capítulo volta-se a observar de um modo mais detalhado essas transformações, decorrentes de previsões constitucionais e legais, a fim de apontar para a contribuição desses fatores para a consolidação de duas funções muito distintas que são desempenhadas hoje pelo STF. Ao analisar tais funções, pode-se dizer que em cada uma delas o precedente cumpre um papel diferenciado, o que leva, conseqüentemente, a necessidade de serem feitas exigências divergentes em relação ao uso de precedentes quando o tribunal atua em cada uma delas. A observação da atuação do tribunal nos dias de hoje impossibilita, assim, que se fale em uma única função da jurisprudência e, dessa forma, em um único tipo de uso de precedentes pelo Supremo. Há de se compreender, assim, que essas funções diferenciadas convivem em uma única instituição e que a escolha por um único modelo teórico que explique o uso de precedentes não responderá satisfatoriamente à questão sobre o que são precedentes no STF e qual é seu papel na argumentação da corte. Volto-me, neste capítulo, primeiramente para a descrição de cada uma das funções do tribunal e, em seguida, para o papel esperado do precedente em cada uma delas.

3.1. O Supremo e suas personas

Há uma forte inspiração norte-americana na estruturação do controle de constitucionalidade no Brasil, controle esse que foi adotado antes mesmo do estabelecimento do Supremo Tribunal Federal no sistema jurídico brasileiro. Isso deu-se porque a possibilidade de juízes de afastarem a aplicação de uma lei por entenderem que ela fosse contrária ao texto constitucional foi prevista no Decreto 848/1890, que estabeleceu a Justiça Federal no Brasil na primeira República¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Marcos Paulo Veríssimo, “A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”, op.cit, p. 410

¹⁵⁹ Leda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, v.1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p.2

O uso constante e o desenvolvimento desse modelo de controle difuso no sistema brasileiro, entretanto, estão marcados pela introdução de outros mecanismos de controle de constitucionalidade que, segundo Virgílio Afonso da Silva, desde 1934 passa por um *processo de concentração*:

“Os anos-chave desse processo foram: 1934, 1965, 1988, 1993, 1999 e 2004. Em 1934, cria-se a primeira forma de ação direta de inconstitucionalidade, limitada ainda apenas aos casos de intervenção federal. Em 1965, é criada a figura da representação de inconstitucionalidade, por meio de uma emenda à ainda vigente constituição de 1946. Essa representação era uma possibilidade de acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a constitucionalidade, em abstrato, de uma lei. Sua principal limitação era a competência para a sua propositura, restrita ao procurador-geral da República. Com a promulgação da constituição de 1988, houve inúmeras alterações no modelo brasileiro, todas elas, de certa forma, dando mais poderes ao Supremo Tribunal Federal.”¹⁶⁰

Ainda que a inclusão de mecanismos de controle principal tenha ocorrido paulatinamente ao longo do século XX, foi a partir da promulgação do texto constitucional de 1988 que ocorreram as mais profundas transformações no controle de constitucionalidade no Brasil e que, conseqüentemente, alteraram a cara do Supremo e o modo como ele passou a interferir no desenvolvimento do direito. Por essa razão, nestes pouco mais de 20 anos, o STF tornou-se protagonista de inúmeras decisões que em momentos anteriores não passariam por suas mãos, atraindo a atenção de atores políticos que até então não recorriam a ele.

O texto constitucional de 1988 instituiu a Ação Direita de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ampliando o rol de legitimados para a propositura dessas ações de controle concentrado. A Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluída por meio da Emenda Constitucional n.3 de 1993 completou os atuais mecanismos de acesso direto ao tribunal para questionamento da constitucionalidade de leis em tese. A partir daí, passaram a participar diretamente do

¹⁶⁰ Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, in *Revista de Direito Administrativo* 250, 2009, p.215. Expressão *processo de concentração* é usada pelo autor na mesma obra. Além dos marcos presentes na citação, em 1993 é criada a ação declaratória de constitucionalidade pela da emenda constitucional n.3. Em 1999 é regulamentado o processo de controle de constitucionalidade no Brasil (leis 9.868 e 9.882) e em 2004, com a emenda constitucional n.45, são criadas as figuras da súmula vinculante e da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário. Segundo o autor “elas são responsáveis por uma concentração do controle de constitucionalidade nas mãos do Supremo Tribunal Federal. Se em 1891 não havia nenhuma forma de recorrer diretamente ao STF para obter uma decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, hoje há pelo menos cinco.”

controle de constitucionalidade inúmeros atores que antes ficavam de fora dessa atuação. Os efeitos dessa abertura do tribunal via controle concentrado ficam evidentes quando se verificam quais são os legitimados que efetivamente se utilizam desse poder de propositura. Os números fornecidos pelo próprio STF mostram que mais de 80% das ações de controle concentrado foram propostas por atores que antes da constituição de 1988 não teriam tido legitimidade para tal¹⁶¹.

Esse crescimento do controle concentrado, que passou a ser visto como “canal de representação de minorias e de grupos sociais excluídos do processo político formal”¹⁶² para garantia da efetivação de um texto constitucional que “transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico”¹⁶³, é reflexo da atribuição que se faz ao sistema jurídico na tarefa de concretizar a efetivação de objetivos políticos¹⁶⁴.

O uso do controle concentrado para implementação dos objetivos políticos presentes no texto constitucional é evidente. Além da efetiva participação dos novos legitimados, os temas em disputa nesse novo *locus* de discussão refletem a inclusão desses objetivos no

¹⁶¹ Ou seja, a partir de 1988 apenas 20% das ações de controle concentrado foram propostas pelo Procurador-Geral da República, o único legitimado para propor a ação direta de inconstitucionalidade no regime constitucional anterior. Fonte: STF <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>

¹⁶² Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit., p.411

¹⁶³ Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit., p.411

¹⁶⁴ O autor complementa: “Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a “guarda” do novo texto constitucional. Operando seus termos dúbios e seu projeto de ação social, o tribunal foi chamado a um verdadeiro papel de mediação de interesses e arbitramento de disputas entre atores políticos, sobretudo entre governo e oposição. Os exemplos disso abundam e, como eles demonstram eloquentemente, o tribunal não parece ter ficado omissa a esse chamamento. Ao revés, assumiu com cada vez mais clareza seu papel político, e passou a exercer sua competência de revisão constitucional com cada vez mais desenvoltura, quer no contexto do controle difuso, quer no do concentrado.” Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit., p. 412

texto constitucional, e configuram o fenômeno da judicialização da política¹⁶⁵. Com a inclusão de inúmeras garantias individuais e metas de atuação governamental, o Supremo aparece, especialmente no controle concentrado de constitucionalidade, como participante na concretização desses objetivos¹⁶⁶. Não é por outra razão que na última década o tribunal tem sido objeto de observação cada vez mais intensa, tanto por parte de estudiosos especializados, quanto por parte da mídia, e que suas decisões mais impactantes tenham sido comentadas fora do âmbito exclusivamente jurídico, como é o caso, por exemplo, das decisões sobre a Lei da Ficha Limpa¹⁶⁷, a Lei de Biossegurança¹⁶⁸, a União Estável Homoafetiva¹⁶⁹, a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol¹⁷⁰, entre tantas outras. A existência desses casos sugere a consolidação de um tribunal constitucional, responsável pela determinação do conteúdo dos direitos garantidos constitucionalmente, deixando mais precisos os conceitos prescritos constitucionalmente de forma abstrata e coordenando o potencial conflito que as muitas determinações constitucionais podem enfrentar quando aplicadas em casos concretos.

¹⁶⁵ Um exemplo dessa inclusão são as disposições da emenda constitucional n.3 de 1993. A previsão de ação declaratória de constitucionalidade foi incluída no texto constitucional em conjunto com alterações econômicas de grande relevância. “Temia-se que a criação do novo imposto e as demais medidas econômicas levassem a uma avalanche de ações judiciais questionando a constitucionalidade da própria emenda constitucional e a ADC poderia ajudar o governo a abreviar a controvérsia por meio de recurso direto ao STF. De fato, o confronto entre medidas de combate à inflação e dispositivos constitucionais marcaria definitivamente o período e todos os planos econômicos adotados desde Sarney tiveram sua constitucionalidade questionada nos tribunais. A inclusão da ADC na mesma emenda constitucional que tratava da implementação de políticas públicas ilustra como a constitucionalização destas políticas pode ensejar, por vezes, mudanças nas regras do jogo pelas quais opera a própria Polity”, Rogério Arantes e Cláudio Couto, “Porque muda e como muda a constituição? Problemas de controle sobre a agenda governamental.”, 32o Encontro Anual da ANPOCS, set/2008, p.4.

¹⁶⁶ A maior parte das pesquisas baseadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal baseiam-se em sua atuação em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Cf., por exemplo, Luiz Werneck Vianna, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999; Marcus Faro de Castro, “Política e economia no Judiciário: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos partidos políticos”, Caderno de Ciência Política da UnB, no7, Brasília, 1993; Koerner, Andrei, et al. “Pensamento Jurídico e Decisão Judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988”, artigo apresentado ao 31o Encontro Anual da ANPOCS, de 22 a 26 de outubro de 2007; Rogério B. Arantes, e Cláudio G. Couto, “A Constituição sem fim”, in Praça, Sérgio e Dinis, Simone (orgs). *Vinte anos de Constituição*, São Paulo: Paulus, 2008 e *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*, Revista Brasileira de Ciências Sociais - Vol. 21 no. 61, 2006; Sociedade Brasileira de Direito Público, “Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e a estrutura das decisões”, 2011; Sociedade Brasileira de Direito Público, “Controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo”, (SAL/MJ/PNUD), 2010; Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira; Diego Werneck Arguelles, I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo, FGV Direito Rio, 2011.

¹⁶⁷ Julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578.

¹⁶⁸ ADI 3510.

¹⁶⁹ Julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132.

¹⁷⁰ PET 3388.

No entanto, esse nítido processo de concentração não significou uma completa adoção do modelo europeu de controle de constitucionalidade. O movimento de concentração observado no Supremo incluiu nas competências do tribunal instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, esse processo não foi acompanhado pela supressão do controle difuso de constitucionalidade. Com relação às competências do STF, não houve a retirada ou ao menos a limitação da sua competência recursal, sendo mantidas as funções de revisão do controle difuso de constitucionalidade e sua competência para a uniformização da interpretação constitucional, o que levou o tribunal a enfrentar o que já foi apontado como uma “crise de identidade institucional”¹⁷¹. Essa crise decorre da pluralidade de funções atribuídas ao Supremo, já que os dois sistemas de controle se encontram no STF, que exigem do tribunal comportamentos diferenciados, voltados a objetivos diversos, e acabam fazendo dele um exemplo único de tribunal entre os sistemas jurídicos.

Essa sobreposição de funções coloca em evidência a multiplicidade de tarefas que são colocadas nas mãos do STF. Ao mesmo tempo que é responsável pela avaliação da constitucionalidade das leis em tese, o tribunal deve verificar a validade da aplicação da constituição em casos concretos e a uniformidade na aplicação do direito das instâncias inferiores. Essa cumulação não seria em si mesma uma situação problemática, se não fosse a possibilidade de acesso quase irrestrito à função recursal do Supremo. Ainda que o acesso tenha sofrido limitações pelas reformas introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004, a comparação entre o volume de processos de controle concentrado existentes no tribunal e a quantidade de processos de aspecto recursal deixa evidente a gravidade da situação enfrentada pelo STF. Uma recente pesquisa realizada com base na jurisprudência do Supremo de 1988 até 2010 deixa nítida a disparidade existente entre as duas cortes:

“A absoluta maioria dos processos recebidos pelo Supremo origina-se da corte recursal, correspondendo a quase 92% dos casos de 1988 até 2009. Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma “corte constitucional” no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está

¹⁷¹ A expressão é usada por Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit.

muito mais próximo de uma “corte recursal suprema”. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte.”¹⁷².

Esse amplo acesso individual ao Supremo que gera, segundo Marcos Paulo Veríssimo, uma espécie garantia de um “direito individual” à solução de casos pelo Supremo¹⁷³.

É essa dubiedade funcional do STF¹⁷⁴, consequência da sobreposição da corte constitucional a um tribunal recursal que teve suas vias de acesso aumentadas pelo texto constitucional, que leva pesquisadores de hoje a tratarem o tribunal como uma unidade exclusivamente no que diz respeito à materialidade da instituição. Isso porque se reconhece que no interior de uma mesma instituição desempenha-se uma multiplicidade de tarefas voltadas a diferentes finalidades, sem que uma interfira na outra. Assim, são cada vez mais frequentes pesquisas e estudos que fazem uma divisão clara entre as cortes existentes dentro do mesmo Supremo, separando nitidamente a atuação decorrente de cada uma dessas funções. E nesse sentido, são muito comuns os trabalhos que se voltam a analisar exclusivamente as decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deixando de lado explicações mais detalhadas sobre como se comporta o Supremo em sua função recursal¹⁷⁵.

O inchaço dessa corte recursal, devido à avalanche processual recebida pela corte nos últimos 20 anos, ocorre em razão de um conjunto de fatores. Como já apontado, a característica de “corte escolhida pela parte” decorreu da eliminação da arguição de

¹⁷² Joaquim Falcão, Pablo Cerdeira, Diego Arguelhes, “I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo”, Rio de Janeiro, 2011, p.21. Numericamente essa divisão é também impressionante. No período entre 1988 e 2009 o Supremo recebeu 1.120.597 de processos classificados como recursais, enquanto que os processos de questionamento principal de constitucionalidade foram 6.199.

¹⁷³ Marcos Paulo Veríssimo, “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit., p.422

¹⁷⁴ Expressão usada por Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit.

¹⁷⁵ Para algumas das pesquisas quantitativas mais relevantes sobre o controle concentrado de constitucionalidade, cf. Marcus Faro de Castro, “Política e economia no Judiciário: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos partidos políticos”, in Caderno de Ciência Política da UnB, no7, Brasília, 1993; Luiz Werneck Vianna et al., *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999, Koerner, Andrei, et al. (2007). Pensamento Jurídico e Decisão Judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988, artigo apresentado ao 31o Encontro Anual da ANPOCS, de 22 a 26 de outubro de 2007, Caxambu-MG; Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público, “Accountability e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e a estrutura das decisões”, 2011 e “Controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo Federal”, 2009.

relevância, requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário incorporado à constituição em 1977 por meio da emenda constitucional n. 7, que fez do Supremo um espaço aberto para postulações individuais e transformou sua atuação em meramente solucionadora de controvérsias pontuais, em um número sempre crescente de casos¹⁷⁶. Além do amplo acesso, a constitucionalização de objetivos políticos colocou e coloca para dentro do direito diversas questões antes não decididas no judiciário e possibilita sua exigência via ações individuais¹⁷⁷.

São diversas as consequências dessa sobreposição funcional, que não se restringem ao incremento do volume de processos recebidos pelo Supremo anualmente. A crise de identidade do tribunal se caracteriza pela convivência de cortes de

“perfil e comportamento próprios, padrões processuais distintos que se manifestam em diferenças de origem dos processos, quantidade de andamentos até seu arquivamento, duração, classe processual, entre outros aspectos.”¹⁷⁸

As diferentes características relacionadas a cada uma dessas cortes internas ao STF levou esses pesquisadores a dividirem o tribunal em três *personas* distintas, responsáveis

¹⁷⁶ Esse crescimento, observado nos últimos 21 anos, parece ter sido freado com a recente inclusão dos mecanismos de concentração da competência da corte, incorporados à Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional n.45. A diminuição da quantidade de processos protocolados é acompanhado pela diminuição do volume de processos acumulados, reduzindo o tamanho da corte recursal. Segundo os autores da pesquisa “I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo”, “Isso indica que, salvo se houver crescimento muito grande no número de processos, a tendência para os próximos anos será ou de redução ou, no máximo, de manutenção para os próximos anos. Mesmo assim, estes números - em torno de 30 mil novos processos por ano - ainda são, entretanto, muito altos. Ainda superam os 10 processos por dia útil de cada ministro.”

¹⁷⁷ Debates sobre judicialização da política fogem ao escopo desta tese. Para análises das mudanças na jurisdição constitucional desde a Constituição de 1988 cf., entre outros, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, “Sentidos da judicialização da política: duas análises”, *Lua Nova* 57 (2002): 113-133; Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros, “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política”, Luiz Werneck Vianna; Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, “Dezessete anos de judicialização da política”, *Tempo Social* 19 (2007): 39-85; Marcus Faro de Castro. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997; Marcos Paulo Verissimo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: O processo judicial no pós- 1988*. São Paulo, Tese (Faculdade de Direito), USP, 2006; Maria Tereza Sadek, “O Judiciário em questão”, *São Paulo Perspectiva* 10 (1996): 53-59. Para uma crítica ao conceito, cf. Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez, *Judicialização da Política: Déficit Explicativos e Bloqueios Normativistas*, in *Revista Novos Estudos* 91, 2011.

¹⁷⁸ Joaquim Falcão *et al.*, “I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo”, p.13. Essa pesquisa, no entanto, aponta para a existência de três *personas* distintas no tribunal. Além da corte recursal (REs e AIs) e da constitucional (ADI, ADC, ADPF) a pesquisa identifica um terceiro padrão, presente na corte ordinária, responsável pelas decisões tomadas em processos das demais classes processuais. Esse, entretanto, não será o critério adotado para análise do precedente na jurisprudência do STF, já que entendo que a diferenciação relevante não está na classe processual em que a decisão é tomada, mas na diferença do comportamento do tribunal entre as decisões dos processos de massa e das demais decisões, independente de se tratar de controle concentrado ou da decisão em processos ordinários ou recursais.

pelo processamento de um grupo específico de decisões. Cada uma dessas *personas* apresenta atributos diferenciados e responde pelo julgamento de uma parcela das decisões do Supremo, deixando evidenciada a impossibilidade de se compreender o tribunal com base unicamente em sua unidade institucional.

O aspecto relevante que será aqui se salienta é o papel atribuído ao precedente em cada uma das funções desempenhadas pelo Supremo. Em primeiro lugar, pode-se dizer que o volume de processos e o tipo de questão envolvida nas decisões da corte recursal fazem com que o tribunal atribua uma papel muito específico aos precedentes. Diferenciadas as funções do STF, passo a seguir às características do modo de gerenciamento dos precedentes em cada uma delas.

3.2. As diversas funções do precedente no Supremo Tribunal Federal

Uma corte recursal, ou de massa, e uma corte constitucional são representações de duas funções desempenhadas pelo Supremo diariamente. E no exercício das atribuições dessas funções o precedente aparece de formas diferentes, voltado à concretização de objetivos distintos, conforme o que se espera de cada uma dessas cortes.

Para a corte recursal, tal qual descrita acima, o precedente funciona como uma ferramenta para diminuição do volume de processos que chega ao tribunal. Nesses termos, Marcos Paulo Veríssimo¹⁷⁹ chama a atenção para o trabalho que é despendido nas decisões monocráticas, que representam a maior parte do que é produzido pelo tribunal anualmente. A análise que o autor faz das estatísticas de julgamento do STF evidencia a maneira pela qual o tribunal consegue julgar uma média de mais de 100 mil processos anuais¹⁸⁰. Segundo sua análise, o STF dispõe de um mecanismo de *certiorary* informal, que torna

¹⁷⁹ Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit, p.420.

¹⁸⁰ Apesar da quantidade de processos que chegam ao STF ter diminuído após a regulamentação dos mecanismos de uniformização de jurisprudência incluídas pela Emenda Constitucional 45/2004, a quantidade de julgamentos realizada anualmente pelo tribunal mantém-se constante até o presente momento. A existência de um grande acúmulo de processos no passado faz com que, hoje, o tribunal julgue anualmente mais casos do que são distribuídos. Esse cenário, se mantidos os requisitos de entrada para o tribunal, tende a se alterar, esperando-se que a quantidade de julgamentos diminua com o tempo. Em 2011, por exemplo, foram autuados 64.018 processos, enquanto que o tribunal julgou 97.380 processos.

viável a gestão de casos nas turmas e no plenário, diminuindo sensivelmente a quantidade de casos de competência desses órgãos.

Esse mecanismo explica como um tribunal que atualmente conta com um número extremamente alto de processos protocolados e distribuídos, atingindo uma média anual de 100 mil processos¹⁸¹, consegue julgar uma quantidade muito expressiva de casos, fazendo com que a eficiência do tribunal seja muito superior a de juízes de primeira instância, que contam, comparativamente, com um número menor de decisões que cada um dos gabinetes dos ministros do Supremo¹⁸². Isso porque, ao mesmo tempo em que recebe uma quantidade elevada de processos, os ministros julgam um volume tão impressionante quanto esse, julgando atualmente mais de 100 mil casos anuais desde 2001. A razão dessa incrível taxa de aproveitamento do tribunal¹⁸³ está na competência atribuída ao ministro relator de proferir decisões monocráticas, que não são remetidas os órgãos colegiados da corte e não culminam na publicação de acórdão. Segundo o autor:

“As estatísticas de casos julgados e acórdãos publicados ao ano dizem, portanto, que a imensa maioria dos processos resolvidos atualmente pelo STF (algo em torno de 88,20% deles, utilizando-se o proxy da média de acórdãos publicados verificada para a década de 2000) não são, ao final das contas, levados a julgamento colegiado, quer nas Turmas, quer no Plenário. Ao contrário, são objeto de julgamento monocrático”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Que é uma quantidade muito superior à média de processos de que um juiz de primeira instância hoje decide. É a partir do ano 2000 que o número de ações protocoladas no STF ultrapassa os 100mil casos anuais. No entanto, o dado mais espantoso dessa estatística é o número de decisões tomadas pelo tribunal. A cada ano, a partir de 2003, há mais julgamentos do que processos protocolados, o que indica que não só o tribunal dá conta das ações que recebe como diminui o total de processos que aguardam julgamento. Essa superação de julgamentos com relação à quantidade de ações ingressantes só não ocorreu em 2006, ano em que se observa um recorde de protocolos no STF: 127.535 processos protocolados. Por conta de modificações incluídas na Emenda Constitucional 45 de 2004, que começam a ser implementadas em 2008, em especial a súmula vinculante, regulamentada pela lei 11.417 de 2006 e a cláusula de repercussão geral, observa-se uma diminuição nos números de casos protocolados no Supremo. Nos anos de 2009 e 2010, o número de ações protocoladas no Supremo ficou por volta de 80mil casos. Ainda assim, a quantidade de julgamentos anuais mantém-se superior aos 100mil casos, já que o Supremo conta com acúmulo de decisões a serem tomadas. Fonte: STF <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

¹⁸² Esses números estão em Marcos Paulo Veríssimo, “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit, p.420

¹⁸³ A taxa de produtividade do STF, que até 2008 era capaz de decidir a mesma quantidade de casos que entravam no tribunal, hoje ultrapassa o número de casos que entram anualmente. Em 2010, por exemplo, foram 71.670 processos autuados, enquanto que foram 103.869 julgados. Fonte: STF.

¹⁸⁴ Marcos Paulo Veríssimo em “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit, p.419

O julgamento por meio de decisões monocráticas ocorre sempre que o relator puder determinar o fim do processo individualmente, seja julgando o mérito, seja em função do descumprimento de algum requisito de admissibilidade. A grande quantidade de casos que são decididos por meio de decisões monocráticas leva à conclusão de que trata-se de um mecanismo que permite o gerenciamento da grande massa de processos que são enviados ao STF anualmente, funcionando como uma maneira informal de o tribunal escolher o que irá decidir de forma colegiada - daí a denominação *certiorary informal* criada pelo autor citado. Dentre as muitas circunstâncias em que uma decisão pode ser tomada monocraticamente pelo relator, encontra-se a situação em que o mérito do que está sendo questionado já é objeto de jurisprudência dominante no tribunal. Nesses casos o relator pode julgar procedente ou improcedente o recurso, fazendo com que o caso em questão seja decidido de acordo com o que o tribunal já decidiu anteriormente em um grande número de casos¹⁸⁵.

Essa possibilidade evidencia um primeiro uso da jurisprudência do tribunal, que pode ser chamado de *precedente-filtro*, normalmente relativo a questões de solução menos complexa, já estipulada pela corte em diversas situações anteriores. Trata-se de decisões precedentes que são usadas constantemente pelo Supremo com a finalidade de diminuir a carga de processos que são submetidos ao seu julgamento. O que essa prática aponta é a constante utilização de posicionamentos claros estabelecidos pelo tribunal, a respeito de temas que demandam uma carga pouco complexa de argumentação. Nesses casos, as decisões do STF, que formam um conjunto uniforme de soluções para casos de conflitos específicos, são usadas como um filtro para a atuação da própria corte e que, por meio de tal recurso, consegue dar fim à grande maioria dos casos a ele enviados¹⁸⁶. São essas as decisões que chamo de *precedentes-filtro*, usadas individualmente pelos ministros e que são repetidas inúmeras vezes como forma de diminuir o volume de trabalho da corte.

¹⁸⁵ Essa possibilidade está prevista no artigo 547 do CPC.

¹⁸⁶ Esses números estão presentes inclusive em discussões na mídia especializada: “Um levantamento preliminar aponta que todos os litígios brasileiros resumem-se a 2.400 assuntos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, dos 130 mil casos que por ali transitam, mais de 75 mil referem-se a apenas 13 temas. Ou seja: pacificadas essas 13 matérias, o tribunal pode, em tese, diminuir pela metade sua carga de trabalho. Claro: associando a solução a outros remédios como a repercussão geral e o efeito vinculante.” Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2008. <http://www.conjur.com.br/static/text/69050,1>

O modo de manipulação desses precedentes, por ser unicamente um mecanismo gerador de eficácia decisória, não leva em conta a decisão anterior como um todo. Aproximando-se da definição positivista de precedente apresentada no capítulo anterior, as soluções que são adotadas nas decisões monocráticas aplicam unicamente o dispositivo presente nos precedentes, ou seja, o posicionamento final adotado é exatamente aquele que foi estabelecido em situações absolutamente idênticas no passado. Não há, nesse sentido, qualquer exercício interpretativo voltado à construção de generalizações a partir do que foi estabelecido nos precedentes. A existência de uma quantidade enorme de casos idênticos que chegam ao STF não exige que o tribunal extrapole os limites daquilo que foi decidido no passado, o que faz com que os casos novos fiquem absolutamente vinculados ao que foi decidido nos casos anteriores.

A jurisprudência dominante, nesse sentido, é aplicada de modo quase automático, não havendo a identificação de um precedente em particular que funcione como orientador das novas decisões, mas diversos precedentes que em conjunto influenciam a tomada de decisão. As linhas decisórias dessa jurisprudência, os posicionamentos que são repetidos sucessivamente, acabam se destacando dos precedentes que lhes deram origem, passando a ter “vida própria”, e são aplicadas independentemente dos casos individuais que as geraram. O que se retira desses precedentes para aplicação futura é o posicionamento final, a solução encontrada para os casos concretos, não havendo necessidade de se fazer referência aos elementos fáticos presentes nos precedentes ou mesmo ao raciocínio construído neles. O que importa, para cumprir o objetivo da diminuição da quantidade de casos e para o aumento da eficiência do tribunal, é a solução pontual dessas questões, que com o apoio na legislação processual pode ser determinada individualmente por cada ministro em seu próprio gabinete, acelerando o processo decisório e conferindo eficiência à prestação jurisdicional.

Essa forma de construção de posicionamentos fortes e usados como fundamento para novas decisões, em que a solução desenvolvida para um caso concreto passa a ser repetida em casos idênticos até se destacar dos precedentes e funcionar como uma prescrição geral tal qual um dispositivo legal, é uma prática freqüente em muitos sistemas jurídicos. Chamada muitas vezes de *constante jurisprudencial*¹⁸⁷, essas linhas jurisprudenciais fazem

¹⁸⁷ No original: *jurisprudence constante*.

parte do modo de decidir de tribunais. A descrição dessa prática, feita por um juiz da Suprema Corte de Louisiana, estado norte-americano baseado no sistema de *civil law*, deixa clara a forma como essas correntes são criadas e aplicadas pelo tribunal:

“Quando uma série de decisões forma uma corrente constante de decisões uniformes e homogêneas contendo o mesmo raciocínio, a doutrina concede autoridade persuasiva aos casos e justifica, sem necessidade de requerimento, que a corte se abstenha de novas investigações em razão de sua fé nos precedentes. A constante jurisprudencial certamente não tem força legislativa em sentido estrito, da forma como atribuímos ao direito escrito ou ao costume; pois sempre que o legislador expressamente crie uma regra, ele elimina a possibilidade de qualquer futura investigação. A doutrina é garantida com base no fato de que o longo e contínuo uso e a influência do precedente indicam que ele está em harmonia com o código, que desvios da série de precedentes, mais do que de um único precedente, impactariam os valores sociais protegidos pelos precedentes, e que a prática sugerida pelas decisões pode ter originado usos contendo o germe de futuros costumes”¹⁸⁸

A forma de atribuição de força de autoridade aos precedentes segundo doutrinas de *constante jurisprudencial* não está baseada na vinculação a uma única decisão passada, mas no peso que linhas consolidadas de decisões exercem sobre o juiz. Os precedentes, assim, não são considerados individualmente, senão quando já passados por um processo de amadurecimento que ocorre com a elaboração de uma linha decisória¹⁸⁹. A *constante jurisprudencial*, também chamada de jurisprudência persistente, caracteriza-se, assim, pela grande influência que linhas de precedentes têm para novos casos, atingindo um altíssimo grau de vinculação quando a questão decidida nos casos é a mesma. Existente em países como Itália e França¹⁹⁰, esse tipo de construção jurisprudencial é atribuído a sistemas de *civil law* pois nessas situações o precedente não é valorizado individualmente.

A particularidade do Supremo, nas decisões que são baseadas nessas linhas jurisprudenciais, não é só a quantidade de casos que são decididos dessa forma, mas a faculdade atribuída ao ministro relator de decidir individualmente os casos que se

¹⁸⁸ James Dennis, “Interpretation and application of the civil code and the evaluation of judicial precedent”, op.cit., p.15

¹⁸⁹ Vincy Fon e Francesco Parisi, “Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis”, George Mason University School of Law Law and Economics Research Paper No. 04-15. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>

¹⁹⁰ Sobre jurisprudência persistente nessas jurisdições cf. Michel Troper e Christophe Grzegorzczk, Precedent in France, in MacCormick e Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, op.cit, p.103-140; Michele Taruffo e Massimo la Torre, Precedents in Italy, in MacCormick e Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, op.cit, p.141-188.

enquadrem nas situações dispostas nas regras criadas jurisprudencialmente. Por tratar-se de uma simples reiteração do que já foi estabelecido em uma série de casos, a aplicação da jurisprudência dominante a casos absolutamente idênticos não demanda qualquer tipo de reavaliação sobre o cabimento ou não da solução adotada nos precedentes, ou sequer da adequação do seu raciocínio ao caso em decisão. Como as circunstâncias são idênticas é ínfima a generalização a ser desenvolvida pelo juiz com relação ao caso anterior e, ao mesmo tempo, é altíssimo o grau de vinculação ao que foi disposto nos precedentes.

Não por acaso, essas são as duas principais características, apresentadas no capítulo anterior, de uma visão de teorias positivistas do precedente judicial. A aproximação de casos extremamente semelhantes, e frequentemente idênticos, faz com que o elemento retirado do precedente para ser usado em casos novos seja unicamente a sua solução, o fruto do raciocínio desenvolvido pela corte anterior. Esse grau de semelhança entre o caso anterior e o novo praticamente acaba com qualquer possibilidade de desvios com relação ao que foi decidido anteriormente, restringindo o papel interpretativo do juiz e fazendo da solução do caso precedente uma disposição quase absolutamente vinculante. A identidade dos casos leva, assim, a um alto grau de vinculação¹⁹¹.

É necessário que se ressalte aqui o processo pelo qual a jurisprudência passa para que seja encarada como vinculante pelo tribunal. Individualmente considerada, a decisão precedente não exerce um poder vinculante sobre o juiz do caso novo. O que vincula, nesse sentido, não é uma decisão em particular, mas sim a solução que ela traz para o problema jurídico em discussão e, ainda, desde que tenha sido repetida em diversos casos subsequentes. Na utilização da jurisprudência dominante há um gerenciamento de posicionamentos precedentes, mas não se pode dizer que usar a jurisprudência dominante seja o mesmo que usar um precedente, ainda que ela seja representada, nas decisões posteriores e, no exemplo do Supremo, nas decisões monocráticas, por um ou outro precedente. Nesses casos, é comum a referência a decisões em particular, mas tais

¹⁹¹ A identidade dos casos e a consequente vinculação aos precedentes é a situação em que Diego López Medina identifica o grau mais técnico de utilização de precedentes, que gera o que ele denomina de “jurisprudência de reiteração”. A classificação desenvolvida pelo autor, que será explorada em detalhes no capítulo 6 da tese, servirá para compreender o tipo de compreensão que o Supremo tem acerca de seus próprios precedentes. Para sua classificação das formas de utilização de precedentes, cf. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2009.

referências dão-se unicamente com relação ao número das decisões ou, no máximo, à ementa destas.

Ainda assim, a falta de obrigatoriedade de respeito, pelas demais instâncias, daquilo que foi decidido pelo STF, gera a situações contraditórias na aplicação do direito. Ainda que a transformação pela qual o STF passou nos últimos anos tenha colocado sua atuação em evidência, o modo como ela foi realizada

“não permitiu (...) que esse tribunal pudesse exercer qualquer papel relevante de uniformização do direito no uso de sua competência recursal extraordinária ligada ao sistema de controle difuso. Isso, aliado à existência de uma constituição vasta e por vezes contraditória, gerou um ambiente em que a jurisdição constitucional tornou-se especialmente caracterizada por incertezas, processos contraditórios de aplicação e tratamentos por vezes desiguais de situações que deveriam merecer tratamento jurídico uniforme”¹⁹².

Há de se ressaltar, entretanto, que essa incapacidade de uniformização e controle da interpretação do texto constitucional ocorre pela dificuldade, ao menos até a inclusão dos mecanismos de repercussão geral e súmula vinculante por meio da Emenda Constitucional 45/2004, de vinculação das demais instâncias ao que foi estabelecido jurisprudencialmente pelo Supremo. Internamente ao tribunal, por outro lado, é uma minoria de casos que encontram posicionamentos não uniformes - já que as decisões que são tomadas monocraticamente seguem um único padrão decisório - sendo alto o grau de coerência da corte com relação aos seus julgados.

A segunda função desempenhada pelo Supremo exige que uma outra finalidade seja atribuída ao precedente. Quando se está diante de casos mais complexos, ou ao menos não repetitivos, mas em que ainda não houve a consolidação de uma jurisprudência dominante, surge a necessidade de que o tribunal interprete normas legisladas e precedentes e argumente de forma mais sofisticada. São decisões tomadas de forma colegiada – seja pelas turmas, seja pelo pleno – e que tendem a formar a interpretação do tribunal a respeito de determinado dispositivo constitucional. Não são casos simples, ou de tomada de decisão simplificada, mas que nem por isso não se repetem em diversos momentos e em qualquer instância do poder judiciário. Pode-se dizer que tais casos representam casos difíceis e cuja

¹⁹² Marcos Paulo Veríssimo, “A Constituição de 1988, vinte anos depois: ativismo judicial “à brasileira”, op.cit, p.424.

argumentação e decisão final podem servir de referência para decisões futuras. Estas decisões formam precedentes que representam uma atuação mais incisiva do STF na regulamentação dos princípios constitucionais e, entre eles, dos direitos fundamentais.

O uso dos precedentes por uma corte constitucional ganha um novo aspecto quando se compreende o papel que essa ferramenta de aplicação do direito tem na interpretação dos direitos fundamentais e na colaboração da construção do seu conteúdo. A compreensão da relevância desse papel pode partir da observação do modo como os direitos fundamentais são previstos nos ordenamentos jurídicos e a sua conseqüente aplicação pelos tribunais. Se levarmos em conta algumas das características atribuídas a esses direitos, podemos entender de maneira mais clara o importante papel que os precedentes podem adquirir na sua interpretação e aplicação.

Uma das concepções atuais das normas de direitos fundamentais, e que é absorvida pelo discurso do Supremo Tribunal Federal na aplicação desses direitos, entende-os como princípios jurídicos, dispositivos abertos, normas abstratas. Isso significa que, diferente das regras jurídicas, que contêm enunciados cujas prescrições normativas são mais claras, os enunciados de direitos fundamentais não deixam expresso quais condutas proíbem, autorizam ou obrigam definitivamente.

Essas características são tratadas de diversas maneiras pelos teóricos do direito. Robert Alexy¹⁹³ trata da distinção entre regras e princípios apontando para a particularidade das regras serem caracterizadas pelo caráter definitivo de sua prescrição. Como já indicado anteriormente, as regras constituem prescrições de condutas específicas, válidas sempre que a hipótese condicionante se verifique faticamente. Elas constituem deveres definitivos e só não serão aplicadas caso sejam excepcionadas por outras regras

¹⁹³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op.cit.

jurídicas. Os princípios, por sua vez, seriam *mandamentos de otimização*¹⁹⁴, que impõem a realização de algo na maior medida possível, em estrita relação com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em um dado momento.

Oscar Vilhena Vieira¹⁹⁵ fala de dois motivos pelos quais os enunciados dos direitos fundamentais deixam pouco claro quais condutas são prescritas. O primeiro deles é chamado de “baixa técnica” dos dispositivos que compõem as cartas de direitos fundamentais que, diferente dos ramos mais dogmatizados do direito (o autor usa como exemplo o direito penal ou civil, nos quais há um maior rigor sintático na construção das frases que compõem os enunciados), possuem frases mais lacônicas e ambíguas. O segundo motivo seriam os próprios termos que prescrevem direitos fundamentais, igualmente genéricos e objeto de inúmeras disputas políticas e filosóficas que buscam fixar sua significação.

A disputa pela significação dos conceitos jurídicos, tarefa desempenhada pela dogmática jurídica, não se dá somente no Legislativo. Este, local em que os termos são debatidos e ganham positividade nos textos normativos, apenas inicia o trabalho de significação das normas de direito. O trabalho de se conferir significado, ou conteúdo, aos direitos não termina na edição das leis. O Judiciário, no momento em que interpreta e aplica as normas, dando fim a controvérsias jurídicas, contribui ativamente para essa tarefa de significação, complementando o trabalho iniciado no Legislativo¹⁹⁶.

A estabilização dos significados dos direitos fundamentais não depende somente de sua adoção no texto constitucional. O uso de termos como liberdade e igualdade, por

¹⁹⁴ Trata-se aqui da conceituação de Robert Alexy, uma vez que este é o autor citado em diversas decisões judiciais em que se diz aplicar a regra da proporcionalidade. Entretanto, mesmo entre aqueles que acreditam numa distinção qualitativa entre princípios e regras (tese forte) há discordâncias quanto às características inerentes aos princípios jurídicos. Dworkin, por exemplo, utiliza-se da noção de direito como trunfo, o que difere substancialmente da noção de otimização proposta por Alexy. Entre muitos dos autores que se colocam em meio a essa dicotomia, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero distinguem, mais à linha dworkiana, os princípios em sentido estrito, que funcionariam como trunfos, de realização necessariamente plena, das diretrizes, que, por prescreverem objetivos, poderiam funcionar na base da otimização e, portanto, passíveis de serem realizadas apenas em certa medida. Embora não ignore a existência de distintas teses a respeito do mesmo tema, os conceitos apresentados no tópico referem-se aos desenvolvidos por Robert Alexy a fim de se manter uma coerência entre os pressupostos teóricos apresentados pela jurisprudência constitucional e a análise jurisprudencial que será aqui produzida.

¹⁹⁵ Oscar Vilhena Vieira, *Direitos Fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros, 2006, p.53

¹⁹⁶ José Rodrigo Rodriguez, *et al.*, “O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia”. Artigo apresentado no 3o Congresso Latino Americano de Ciência Política promovido pela ALACIP _ Associação latino-Americana de Ciência Política, Campinas, Brasil, 2006

exemplo, não transforma tais expressões termos técnicos e cheios de conteúdo. A partir da sua positivação, a tarefa de concretização desses direitos passa pelas mãos do judiciário e, em último caso, pelas mãos do STF. A conformação dos conteúdos dos direitos fundamentais cabe ao judiciário, bem como a tarefa de harmonizar a sua coexistência¹⁹⁷.

Uma das grandes preocupações dos teóricos do direito que aceitam a inclusão dos princípios no rol de normas jurídicas, ao lado, portanto, das regras, foi a de estruturar limites internos ao direito, para que as decisões judiciais que utilizassem esses direitos, ou se voltassem à sua conformação, não caíssem em grandes discricionariedades ou arbitrariedades. Assim pode ser entendida a teoria de Dworkin e diversos outros autores.

Dessa maneira, é possível a afirmação de que uma linha coerente de decisões envolvendo a solução de conflitos entre direitos fundamentais ou quaisquer outros princípios jurídicos funcionam como limitadores de arbitrariedades por parte do juiz, contribuindo para a criação de uma cultura de respeito aos precedentes. Mais uma vez, nesse ponto, pode-se relativizar a ideia que se faz da impossibilidade de aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, resume Virgílio Afonso da Silva¹⁹⁸:

“Com isso se pretende, com todas as letras, deixar claro que, ao contrário de uma crença muito difundida no Brasil, precedentes judiciais devem ser respeitados também nos países de tradição continental européia, e independente de legislação que faça algum tipo de exigência nesse sentido. Ou seja, também no Brasil devem ser levadas a sério as regras de argumentação apresentadas por Alexy na sua teoria da argumentação jurídica. Em primeiro lugar, se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado; e em segundo, aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto”¹⁹⁹.

Nesse sentido, a importância do uso de precedentes é especialmente significativa nas decisões das cortes constitucionais de sistemas de *civil law*. Segundo Taruffo²⁰⁰, em países

¹⁹⁷ Oscar Vilhena Vieira, *Direitos Fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*, op.cit., 2006, p.54

¹⁹⁸ Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, op.cit., p.377

¹⁹⁹ As regras do precedente teoria da argumentação jurídica inclui o princípio da *inércia* exige que o afastamento do precedente encontre justificação racional. São duas as regras de argumentação relativas ao precedente judicial: “(1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado; e (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op.cit., p.556. Virgílio Afonso da Silva afirma que tais regras também valem para a argumentação jurídica no Brasil. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, op.cit., p. 377.

²⁰⁰ Michele Taruffo, “Institutional Factors Influencing Precedents, in *Interpreting precedents*”, op.cit., p.459

como Espanha, Itália, Alemanha e Polônia, a decisão de questões constitucionais requer um uso intenso de precedentes devido à generalidade e à abertura das provisões constitucionais. Assim, entender o precedente como elemento relevante na tomada de decisão é uma das formas de restringir a arbitrariedade judicial, e isso independe do tipo de sistema jurídico que vigora nesses países²⁰¹. A partir desse ponto de vista, as diferenças quanto à natureza e à estrutura das cortes ganham uma importância relativa nesse sentido. Uma vez que “a técnica do precedente judicial encontra justificação exatamente na capacidade de objetivação e universalização do direito que ela detém”²⁰², a análise do uso de precedentes em casos de aplicação de princípios jurídicos ganha mais significados. Nas palavras de Thomas Bustamante, “O uso de precedentes reduz o grau de indeterminação característico dos princípios jurídicos”²⁰³.

A partir das particularidades da tomada de decisão em casos envolvendo a aplicação de direitos fundamentais, e do importante papel que os precedentes potencialmente apresentam na solução desses casos, pode-se compreender a função de um tribunal constitucional como complementador da atividade legislativa, que, por meio de suas decisões, vai construindo “uma rede de normas relativamente abrangente e densa”²⁰⁴. Por meio do estabelecimento dos *standards*, acumulados ao longo do tempo e refinados a cada nova decisão que é tomada dentro de um mesmo âmbito temático, o tribunal participa da

²⁰¹ Jan Komárek, “Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court”, op.cit., p.12

²⁰² Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit., p.312

²⁰³ Thomas da Rosa de Bustamante, *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*, op.cit., p.311

²⁰⁴ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op.cit., p.558

atividade de construção do direito, agregando significados ao conteúdo dos princípios previstos constitucionalmente de forma abstrata²⁰⁵.

Para a solução dos casos mais complexos, dificilmente os juízes encontrarão na sua jurisprudência precedentes que apresentem situações idênticas às situações que formam o caso novo. Se for justamente na falta de guias precisos que orientem a decisão que estiver a característica desses casos, então a aplicação de precedentes nessas ocasiões não segue as mesmas características de baixo grau de generalização e alta obrigatoriedade de vinculação que se observou no modo de utilização de precedentes na função recursal do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, o papel dos precedentes do STF quando este desempenha sua função de corte constitucional não se aproxima da vinculação, mas da capacidade de orientar novas decisões para a complementação do significados das normas constitucionais e, conseqüentemente, para sua contribuição no desenvolvimento do direito. A atuação que se espera nesses casos é de aproximação entre casos semelhantes, não para a aplicação automática de soluções prontas, mas para que os elementos que fundamentam a tomada de decisão no caso precedente guie a resolução do caso em julgamento, configurando aquilo que foi identificado como uma visão argumentativa, ou pós-positivista, de precedentes. Nesse sentido, o que é usado como precedente, e que interfere na tomada de decisão do novo juiz, não está somente na solução adotada no caso passado, mas também no raciocínio desenvolvido nele, nas premissas adotadas, ou em outros pontos discutidos e afirmados.

As decisões passadas, nesses casos, não solucionam por completo as novas situações apresentadas ao tribunal, mas funcionam como pontos estabelecidos a partir dos quais novos raciocínios poderão se desenvolver, a fim de se apresentarem novas soluções para

²⁰⁵ Essa compreensão de que o acúmulo de decisões tomadas judicialmente diminui o espectro de possibilidades decisórias do juiz, fazendo com que sua atividade seja limitada pelo que já se decidiu no passado e, com isso, restringindo o âmbito de discricionariedade na tomada de decisão não é uma ideia exclusiva da teoria argumentativa de Robert Alexy. Julius Stone, já na década de 1950, apresenta um posicionamento que relativizava esse entendimento, afirmando que mesmo as restrições impostas pelo que já foi determinado em decisões anteriores, encontram novas possibilidades de abertura quando elementos relativos a diferentes condições são considerados: “Ainda assim, precisamos ser cautelosos em não presumir dessas metáforas que a área de movimento [do juiz] é pouco importante, ou (ainda menos) que o seu tamanho é de alguma forma diminuído pelo acúmulo de decisões pretéritas. Pois o universo de problemas apresentados para escolhas judiciais nos pontos do direito que estão em crescimento é um universo em expansão. A área que passa a ser controlada a partir acúmulo de escolhas judiciais passadas é, obviamente, grande; mas isso não impede que também seja consideradas, na área apresentada para novas escolhas, as diferentes condições sociais, econômicas e tecnológicas.” Julius Stone, “The Ratio of the Ratio Decidendi”, op. cit, p.616, tradução livre.

problemas jurídicos inéditos. As novas decisões se apropriam dos argumentos utilizados nas decisões anteriores, restringindo a discricionariedade judicial e aumentando a coerência entre decisões novas e antigas. O que se espera, portanto, nesse tipo de utilização de precedentes, não é a reiteração das soluções encontradas nos casos passados, mas a utilização dos argumentos presentes neles para contribuir na interpretação que o tribunal fará para a resolução das novas questões.

3.3. Conclusão

A possibilidade de identificação de duas cortes distintas no Supremo Tribunal Federal, às quais são atribuídas duas funções decisórias distintas se reflete-se no papel que é atribuído ao precedente em cada uma dessas funções. Conferir diferentes papéis aos precedentes, note-se, não é exclusividade do STF ou uma característica verificada unicamente no sistema jurídico brasileiro. A distinção entre tipos de precedentes nas decisões judiciais é feita em estudos sobre a aplicação de precedentes em diversas jurisdições. Um trabalho já clássico quando se fala em precedentes é a obra *Interpreting precedents*, coordenada por MacCormick e Summers, na qual uma série de perguntas foi respondida por estudiosos do direito a respeito da aplicação dos precedentes em países tanto do *common law* quanto do *civil law*.

Mas nenhuma das diferenciações entre as possíveis funções do precedente se aproxima tanto das duas funções desempenhadas pelo Supremo quanto a descrição feita por Moral Soriano ao analisar a jurisprudência italiana. Nas palavras da autora:

“a jurisprudência é usada nos sistemas de *civil law* como um instrumento para controlar a aplicação do direito de duas formas diferentes. Uma é o remédio judicial chamado recurso de cassação. A corte superior pode controlar as decisões das cortes inferiores porque elas não seguem a interpretação de uma norma contida em uma linha judicial concreta. Esse remédio garante os valores de certeza e uniformidade na aplicação do direito. As partes de um processo judicial esperam uma determinada interpretação de uma norma, isto é, a interpretação feita anteriormente por uma corte superior e contida em uma série de decisões. (...) Eu me refiro à segunda forma de controlar a aplicação do direito como “autocontrole” porque é aplicada pelos juízes para sua própria aplicação do direito. (...) De um lado, ao aplicar o direito, juízes seguem os valores dominantes do sistema legal. Wróblewski enumera esses valores

como: legalidade, certeza, imparcialidade, igualdade, uniformidade, eficácia e racionalidade (Wróblewski 1992, 267ff.). Por outro lado, juízes usam uma série de decisões judiciais, isto é, a jurisprudência, para dar um sentido concreto para a norma legal aplicada”²⁰⁶.

São esses dois papéis atribuídos aos precedentes que serão usados como parâmetro na observação da jurisprudência do Supremo. Do lado de um tribunal responsável pela solução de problemas de massa, encontra-se a tarefa de uniformização dos posicionamentos na consolidação de uma jurisprudência que reflita a quantidade de precedentes decididos, e cujo objetivo está na diminuição da carga de trabalho desempenhado pela corte com vistas a uma maior eficiência na solução das controvérsias individuais. Em outro sentido, no lado de uma corte constitucional, é esperada a construção de uma jurisprudência que não se baseie na reiteração das soluções adotadas em precedentes, mas que se aproprie do raciocínio desenvolvido neles para a elaboração de decisões em situações inéditas ou pouco exploradas pelo tribunal.

Diante dessas características é que foi feita a escolha de concentrar a análise dos precedentes no Supremo nas decisões de casos com conflitos de direitos fundamentais. O que se buscou foi identificar como é usada essa ferramenta, para além de análises quantitativas ou de explicações generalistas acerca do uso de súmulas ou outro mecanismo de uniformização de jurisprudência. Os precedentes são usados na jurisprudência do STF e somente com uma análise detalhada do uso dessa ferramenta é que se poderá entender qual é seu papel na tomada de decisão do tribunal. As conclusões aqui encontradas não se baseiam em premissas referentes à diferença entre sistemas de *common* e *civil law*, ou a questionamentos sobre a força normativa de precedentes a partir de uma classificação das fontes do direito. Será a partir do modo como o precedente aparece na jurisprudência que será possível levantar hipóteses que respondam à pergunta de como o STF usa seus precedentes, e por que assim o faz.

Os capítulos anteriores estabeleceram dois pontos essenciais para a compreensão do precedente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De um lado, as diferenças apontadas entre uma visão positivista de uma abordagem argumentativa, ou pós-positivista e interpretativa, do papel do precedente na solução de novos casos, mostra que o que se

²⁰⁶ Leonor Moral Soriano, “The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems”, op.cit, p.99

entende por precedente depende de uma teoria jurídica que explique o papel que essa ferramenta terá, já que a função que as decisões anteriores terão está intimamente conectada com o papel que se atribui ao juiz e ao Poder Judiciário.

Em um segundo momento, foi possível afirmar que o papel que o precedente desempenha na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não pode ser aferido sem que duas funções decisórias muito distintas sejam atribuídas a ele. Nesse sentido, não é possível falar em um único tipo de precedente na corte, sendo reconhecida no precedente, no âmbito de um tribunal recursal, uma função de filtro para a competência do STF, enquanto que no âmbito de uma corte constitucional, poder-se-ia dizer que o papel que o precedente representa é o de estabelecimento de standards claros que permitem que o tribunal participe da tarefa de concretização dos direitos previstos constitucionalmente, por meio do refinamento conceitual que cada nova decisão agrega ao sentido já estabelecido até esse momento. É com relação a essa segunda função que o uso do precedente nas decisões envolvendo conflito de direitos fundamentais foi analisado.

A partir do reconhecimento de que a aplicação de precedentes exige a configuração de duas etapas, os próximos capítulos voltam-se a essa análise. Num primeiro momento será realizada a identificação das citações de precedentes feitas por essas decisões (capítulo 4) e, em uma segunda etapa, será apresentado o modo como os precedentes foram utilizados na argumentação dessas decisões, a fim de se verificar qual é o papel que o Supremo atribui ao precedente para além dos casos em que a jurisprudência é usada como filtro para a contenção do volume processual (capítulo 5).

4. A identificação dos precedentes por meio das citações

Acompanhar o modo como o Supremo Tribunal Federal utiliza suas decisões como precedentes na sua função de corte constitucional inicia-se na identificação de como e quais precedentes são escolhidos pelo tribunal para orientar sua atuação. A partir daí pode-se reconstruir uma linha de precedentes, buscando encontrar as decisões mais importantes que acabam sendo citadas por diversas vezes em casos subseqüentes, acompanhando o desenvolvimento de uma linha jurisprudencial. No entanto, a organização dessas informações não é algo feito de maneira simples. Isso porque a verificação da existência de uma linha jurisprudencial esbarra em problemas práticos e teóricos. Na prática, encontrar essa linha depende de um grande esforço de sistematização de elementos que se encontram “soltos”, sem qualquer organização feita anteriormente já que, no caso brasileiro, esse conjunto de decisões não demanda necessariamente um agrupamento para a continuidade do funcionamento do sistema - isso porque nossa prática jurídica não exige que a fundamentação de decisões judiciais seja baseada em decisões passadas. Porém, o que pode ser apenas uma dificuldade prática encontra também maiores problemas em níveis mais abstratos. Na verdade, imaginar a relação entre as múltiplas decisões de uma corte como uma linha contínua que vai da decisão mais antiga até a mais nova não ilustra de modo minimamente preciso o comportamento decisório de um tribunal.

Diante dessa constatação, buscou-se reconstruir o modo como as decisões do Supremo Tribunal Federal se conectam, com base no entendimento de que o mapeamento das citações de precedentes encontradas no conteúdo das decisões permite um primeiro entendimento sobre o papel dos precedentes neste conjunto de decisões do tribunal. Dado que a existência de citações de precedentes pode ser entendida, por si só, como reveladora de informações importantes a respeito da função que uma corte atribui ao precedente, já que citar uma decisão anterior envolve o reconhecimento explícito de uma relação com o passado, deixando evidente uma escolha feita pelo juiz no momento em que tomava sua decisão, as citações presentes nas decisões foram organizadas e analisadas, a fim de apresentarem respostas sobre qual é o papel do precedente nas decisões do STF.

4.1. Precedentes: linhas, correntes e redes

Uma das imagens mais recorrentes para ilustrar a tarefa atribuída ao juiz quando este decide um caso é a de uma corrente de decisões. A imagem de uma cadeia decisória, metáfora que é usada por Dworkin²⁰⁷ para explicar o funcionamento orgânico do *common law*, pode ser extremamente eficaz para se pensar em uma forma lógica de compreender o que o acúmulo de decisões jurídicas ao longo do tempo representa e o porquê da necessidade das novas decisões serem tomadas de acordo com as decisões tomadas no passado. A metáfora do romance em cadeia, nesse sentido, deixa evidente exatamente o papel do juiz como agregador de novos *standards* que devem ser coerentes com os princípios da comunidade jurídica, que se tornam explícitos no conteúdo dos precedentes, e que uma vez colocados no papel devem ser levados em consideração na criação de cada novo capítulo do livro que se escreve. Ele, o juiz, tem um dever de continuar a escrita do mesmo romance, com base nos mesmos princípios de fundo, respeitando as mesmas limitações impostas por aqueles que decidiram antes dele²⁰⁸.

No entanto, uma simples busca por essa linha na jurisprudência de um tribunal deixa claro que a metáfora não só é ilusória de um ponto de vista de sua implementação por parte dos juízes, uma vez que no mundo real juízes não são Hércules e não conseguem, dadas as limitações materiais e intelectuais que os constroem, criar um romance extremamente coerente do começo ao fim, levando em conta tudo de relevante que já foi decidido anteriormente, mas apresenta também problemas do ponto de vista estrutural, de compreensão de como o direito criado pelos tribunais se desenvolve. Uma linha única que

²⁰⁷ Ronald Dworkin usa a metáfora do romance em cadeia, em *Law's Empire*, para narrar o modo como o direito é criado e seguido pelos juízes em cada caso que eles decidem. Assim, juízes seriam autores mas também críticos literários que agregam um novo capítulo ao romance que se constrói, mas também interpretam o passado que os guia. Um juiz decidindo um caso tem um trabalho duplo pois ele acrescenta algo a tradição que ele interpreta. O paralelo entre literatura e direito é feito por Dworkin com o chamado romance em cadeia. Nessa tarefa um grupo de autores escreve o romance de forma seriada; cada romancista na cadeia interpreta o capítulo que lhe foi atribuído a fim de escrever um novo capítulo, que por sua vez é acrescentado ao texto que o próximo romancista escreve, e assim por diante. Cada um tem a tarefa de escrever seu capítulo de modo a fazer o romance ser construído da melhor maneira possível, e a complexidade dessa tarefa é exemplo da complexidade de decidir um caso difícil. Os autores buscam criar conjuntamente uma única obra unificada que seja o melhor que eles podem fazer. Cada autor tenta fazer este o melhor romance que pode ser construído como o trabalho de um único autor ao invés de, como de fato esta sendo feito, o produto de muitas mãos diferentes. Sobre a comparação entre o trabalho de um juiz a o de um romancista, cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op.cit., especialmente capítulo 7.

²⁰⁸ Ronald Dworkin, *Laws Empire*, op.cit.

vai da decisão mais antiga até a mais nova pode ser desejável, mas simplesmente não existe, mesmo se consideradas decisões relativas a um mesmo e específico problema jurídico.

Com isso quero dizer que a descrição da atividade judicial como a produção de um romance em cadeia pode ser correta para descrever individualmente o que o juiz faz no momento da tomada de decisão, mas não é suficiente para explicar o funcionamento da atividade judicial no sistema jurídico como um todo, a coordenação do trabalho de todos os juízes e tribunais decidindo ao mesmo tempo. Estática e isoladamente, essa é uma proposição adequada, mas ao se considerar o todo fica difícil adotá-la como explicação da realidade.

Ligeiramente diferente da ideia de linhas, o que de fato se encontra na jurisprudência, ao se realizar a organização das citações de precedentes, é um aglomerado de decisões relativas a um mesmo problema jurídico, ou a um mesmo princípio, que se conectam de maneira não linear, mas em forma de rede. Essa rede é formada por inúmeras decisões, importantes ou não, e se torna mais densa ao longo do tempo, conforme mais decisões são tomadas sobre o mesmo assunto. A aglomeração de decisões decorre da atividade de cada juiz que, ao decidir um novo caso, conecta-o aos precedentes existentes e insere o caso novo na rede disponível de decisões de um dado sistema²⁰⁹.

A não linearidade dos conjuntos de decisões citadas como precedentes existe mesmo nos sistemas jurídicos que se baseiam primordialmente em precedentes para fundamentar novas decisões, e isso se dá porque uma decisão pode ser citada diversas vezes por muitas outras decisões subseqüentes, em diversos graus de distância entre si. Esses diferentes graus de conexão entre as decisões formam uma rede de precedentes, ao invés de uma linha contínua. A formação da rede de precedentes pode ser percebida a partir da visualização de um exemplo muito simples. Tendo como ponto inicial o momento T1, em que se decide D1 (decisão paradigma), T2 terá um numero pequeno de decisões D2, que tratam de um problema juridicamente semelhante, citando D1.

²⁰⁹ A referência a redes para compreender e explicar o modo como as decisões de um tribunal se relacionam entre si começou a ser usada na ultima década, a partir de pesquisas que se utilizaram de métodos e ferramentas características das pesquisas de redes sociais para explicar como se organiza a jurisprudência de um tribunal. Dentre os pioneiros estão os trabalhos de Fowler, disponíveis em <http://jhffowler.ucsd.edu/judicial.htm>

Em T3, no entanto, haverá decisões D3 que citam D1 e D2, mas também haverá decisões que citam somente D1 (ou somente D2).

Posteriormente, em T4, é possível imaginar que haverá decisões citando D1, D2 e D3 conjuntamente, mas também uma combinação dessas citações em pares (D1 e D2; D1 e D3; D2 e D3) além de ser possível que D4 use apenas como precedente somente uma dessas decisões.

E ao longo do tempo novas decisões serão tomadas com base no mesmo conjunto de precedentes, mas sem necessariamente a utilização constante das mesmas citações de precedentes, já que as possíveis combinações são crescentes no tempo. O resultado dessa combinação de citações é uma grande massa de decisões num mesmo sentido que tratam de um mesmo problema jurídico e que se baseiam nos mesmos princípios e no mesmo conjunto de precedentes, mas que não formam, e nem poderiam formar, uma corrente linear que nos leve da decisão mais recente Dn até a decisão mais antiga, D1.

As possibilidades de conexões entre decisões são inúmeras, e as diversas variações não implicam decisões mais ou menos coerentes. D4 citando apenas D3 pode ser uma decisão tão coerente com a solução final adotada pelo tribunal para uma questão jurídica quanto D4 citando D3, D2 e D1.

Ainda que o formato de rede seja mais adequado para exemplificar o modo como o direito jurisprudencial se comporta, seria equivocado dizer que as redes de decisões possuem as mesmas características em qualquer sistema jurídico. Ordenamentos que tem uma prática mais intensa de citação de precedentes, que contam com ferramentas facilitadoras de seu uso, assim como repositórios mais sistematizados de precedentes, apresentam redes muito mais densas do que em lugares em que decisões judiciais precedentes não tem um papel tão essencial na criação e desenvolvimento do direito e seu uso não segue um rigor tão grande. Isso ocorre pois, quando um dos pilares da criação do direito está nas decisões judiciais, todas as novas decisões devem fazer referência a precedentes para fundamentar seu dispositivo, tornando a rede mais densa e facilitando o reconhecimento paulatino por parte das cortes de quais são as decisões paradigmáticas²¹¹.

Para nós, que não necessariamente precisamos de decisões precedentes para fundamentar o reconhecimento de um direito em uma nova decisão, essa tarefa de identificação da rede e de suas principais decisões fica mais difícil. Dependendo do cenário, são tantas as decisões citadas, e em uma frequência tão semelhante, que fica difícil dizer quais estão mais solidificadas que as outras.

Com isso não quero dizer que há um formato ideal de rede a ser cobrado de um tribunal. Em termos de coerência decisória, por exemplo, as decisões D1, D2, D3 e D4 usadas no exemplo anterior podem apresentar todas a mesma solução jurídica e não citar nenhum precedente, assim como citações podem ser feitas de modo a afastar uma solução anterior e adotar um novo posicionamento, o que deixa evidente que não é a citação de precedentes que garante uma maior ou menor coerência entre as decisões do tribunal.

Ainda assim, a construção das redes como meio de identificação dos padrões de citação de precedentes pode trazer contribuições para uma melhor compreensão da jurisprudência do STF e para o estabelecimento de qual é o papel do precedente nas decisões do tribunal. Entender como e em qual frequência os precedentes são usados permite que se perceba qual é a avaliação que os próprios ministros fazem dos casos anteriores e do peso que essa avaliação tem na tomada de decisão, já que cada citação de

²¹¹ Fowler & Jeon confirmam por meio da pesquisa realizada na jurisprudência da Suprema Corte Americana que as decisões identificadas por advogados como sendo as mais importantes dentro de um tema eram de fato aquelas que acumularam mais citações ao longo do tempo, sendo facilmente identificáveis nas redes. ‘The authority of Supreme Court precedent’, op.cit.

precedente pode ser vista como uma opinião atual do tribunal sobre cada caso citado²¹², indicando também qual é a compreensão que se faz do precedente como elemento do sistema jurídico. Desse modo, dados sobre a quantidade e a forma como essas citações são feitas podem levar a informações importantes, ainda desconhecidas na jurisprudência do STF, sobre como se dá o uso de precedentes nesta corte.

Diagramas como o exposto acima permitem a representação gráfica das citações de precedentes, conectando as decisões mais novas com os precedentes citados por elas. Além de identificar as conexões entre as decisões, os mapas permitem a fácil identificação de coincidências de citações, ou seja, decisões que são citadas diversas vezes por casos subseqüentes²¹³. Pesquisas de redes de precedentes feitas por estudiosos americanos, por exemplo, foram capazes de identificar as decisões mais relevantes da Suprema Corte americana²¹⁴, as mesmas que “experts” que se utilizam da jurisprudência da corte para sua atividade diária já haviam apontado como as decisões mais importantes, ou que revelavam posicionamentos importantes da Suprema Corte²¹⁵.

O que apresento ao longo do capítulo são mapas que representam a reconstrução das redes de precedentes na jurisprudência do STF, que, por tratarem exclusivamente da conexão entre decisões, não permitem que se realize a avaliação da coerência nos

²¹² Esses “indícios” que podem ser retirados da mera sistematização das citações de precedentes são apresentados por Fowler & Jeon, ‘The authority of Supreme Court precedent’, op.cit., p.17

²¹³ A identificação dessas decisões se dá por meio da quantificação do grau de centralidade que uma decisão tem em relação a rede em que ela se encontra. Quanto maior a quantidade de citações recebidas, maior a centralidade do precedente nesta rede e consequentemente maior a importância dessa decisão. Os números de contagem de precedentes dizem pouco sobre a corte. “Simplesmente adicionar mais citações em uma decisão tem relativamente pouco efeito no poder dessa decisão como futuro precedente (...) A associação para a medida de centralidade na rede é muito mais forte e clara do que a contagem bruta de citações. Um maior grau de centralidade aumenta o impacto de uma decisão (...). Um decisão com um maior grau de centralidade receberá em média duas ou três vezes mais citações futuras do que as decisões com menor grau de centralidade.” (tradução livre), Cross et al, “Citations in the U.S. Supreme Court: an empirical study of their use and significance”, in *University of Illinois Law Review*, 2010, vol.2, 489-576, p.543.

²¹⁴ Cf. Cross et al, “Citations in the U.S. Supreme Court: an empirical study of their use and significance” op. cit., e Fowler & Jeon, ‘The authority of Supreme Court precedent’, op. cit. Essas pesquisas, no entanto, pautam-se mais pelos coeficientes gerados a partir da conexão observada entre as decisões. O grau de centralidade, por exemplo, é quantificado e utilizado para comparações entre as decisões ao longo do tempo, desde a criação da Suprema Corte até os dias de hoje. Por tratar-se de um trabalho voltado a uma pequena parcela da jurisprudência do tribunal, a tese não tratará dos mesmos elementos e nem serão utilizadas as mesmas categorias de análise. O que se apresenta aqui são algumas primeiras hipóteses e conclusões a respeito das práticas de citação de precedentes pelo STF, abrindo caminho para inúmeras outras possibilidades de estudos com a utilização da mesma metodologia.

²¹⁵ Cross et al apresenta um desafio a esse posicionamento, afirmando que em muitos casos decisões com alto grau de centralidade nas redes criadas não haviam sido reconhecidas pelos operadores do direito - advogados e juizes - como decisões importantes da Suprema Corte americana. Cf. Cross et al, “Citations in the U.S. Supreme Court: an empirical study of their use and significance” op. cit.

posicionamentos do tribunal e nem serão avaliados em termos de proximidade ou afastamento de um modelo de “mapa ideal” de citação de precedentes. Assim, eles não serão usados aqui como modelos que propõem correções na atuação do STF. Além de não permitir a avaliação da coerência nas decisões, os mapas tampouco representam o grau de vinculação das decisões do Supremo. Uma maior ou menor referência aos precedentes não tem qualquer relação com uma maior ou menor vinculação que o tribunal tem com relação a eles.

Ao invés disso, os mapas são representações relacionais e, por meio da representação das citações de precedentes de cada decisão, permitem a visualização das coincidências de citação, ou seja, a identificação de decisões que são recorrentemente citadas pelos ministros do STF. O que significam essas recorrências, bem como as razões para sua existência, não serão explicadas unicamente por meio da análise dos mapas, mas pela avaliação do conteúdo das decisões presentes neles. Alguns dos casos, considerados mais interessantes ou representativos, foram estudados com mais detalhamento em capítulos subsequentes da presente tese na tentativa de explicar o que faz uma decisão ser mais usada pelo STF como precedente do que outras, ou qual é o tipo de vinculação que o Supremo apresenta ter com relação aos seus precedentes.

O que se propôs, assim, foi a análise das práticas do tribunal com relação à citação de precedentes. Isso porque mesmo ao se considerar unicamente o modo de citação de precedentes do tribunal algumas conclusões são possíveis. Citar um precedente significa reconhecer sua importância, já que implica o reconhecimento de que em algum momento passado o mesmo tipo de problema já foi objeto de decisão do tribunal. Sua consideração demonstra um posicionamento com relação a essa decisão precedente, seja para tomar a mesma decisão, seja para divergir, superando o precedente ou apontando as diferenças do caso atual ao caso passado. O que deve ficar claro, no entanto é que, ao mesmo tempo em que citar precedentes significa reconhecer a importância do que já foi decidido, citar mais precedentes não significa atribuir a eles mais importância. Assim, a diferença relevante está entre citar precedentes ou não citar precedentes, e não na gradação “citou menos ou

citou mais precedentes” como comportamentos respectivamente menos ou mais legítimos de um tribunal ²¹⁶.

É relevante apontar nesse ponto para a existência de um debate entre pesquisadores americanos a respeito da relevância da maior ou menor quantidade de citações de precedentes presentes nas decisões judiciais. Ao lado das afirmações mais tradicionais, e baseadas principalmente em posicionamentos normativos sobre a importância que um maior número de citações poderia ter, são os recentes estudos empíricos desenvolvidos a respeito das práticas de citações de precedentes da Suprema Corte americana que relativizam essas afirmações colocando, ao lado da quantidade de citações, na variável de centralidade nas redes de decisões um peso maior para determinar a importância dos casos decididos pela Corte²¹⁷. Em uma pesquisa abrangente e que apresenta um grande aprofundamento na noção de quais significados pode haver na citação de precedentes, Cross *et al* reiteram a visão de que a própria citação dos precedentes não pode ser ignorada em função das informações que esse dado revela sobre um tribunal ou juiz. A citação de precedentes não se dá de modo aleatório, envolvendo uma etapa de pesquisa e posterior escolha do que estará presente no fundamento da nova decisão que se toma, elementos que revelam dados da prática do tribunal²¹⁸.

São, assim, muitas as informações que podem ser exploradas a partir da análise das citações presentes nas decisões. López Medina e Godillo, por exemplo, propõem uma série de questionamentos que podem ser realizados com base na classificação das citações de precedentes²¹⁹.

No caso desta tese, as limitações que uma pesquisa individual impõe, e consequentemente a quantidade de dados levantados, levam a uma limitação nas conclusões que são possíveis de serem levantadas, não havendo assim uma pretensão de

²¹⁶ Para Lopez Medina e Godillo a citação de precedentes não indica apenas o apoio meramente retórico em um material mas provê a sub-regra aplicável ao caso presente. “Consideraciones ultiores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, in *Revista de Derecho Público*, n. 15, 2002, p.23

²¹⁷ Três importantes grupos de pesquisa sobre o tema são comandados por James F. Spriggs, II e Thomas G. Hansford; Frank B. Cross; e James H. Fowler e Sangick Jeon.

²¹⁸ Para um panorama do debate existente hoje sobre o significado da citação de precedentes em estudos de Direito e da Ciência Política americanos ver Cross et al, “Citations in the U.S. Supreme Court: an empirical study of their use and significance” op. cit.

²¹⁹ Diego López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ultiores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, in *Revista de Derecho Público*, n. 15, 2002, p. 3-47

comparabilidade entre os dados presentes nestas pesquisas e os aqui apresentados. Um tal grau de comparabilidade entre essas pesquisas sobre as práticas de citação de precedentes só seria possível após uma pesquisa exaustiva que catalogasse toda a jurisprudência do STF e que mapeasse todas as citações de precedentes existentes, seguindo-se um estudo dos padrões de citação de cada grupo de decisões. Ainda que o STF contasse com menos decisões anuais, esse tipo de exaurimento seria impossível no tipo de pesquisa realizado em um trabalho como este. Ainda assim, entendo que mesmo com as limitações existentes as delimitações realizadas permitiram um passo inicial na identificação de padrões de citação de precedentes, que revelam elementos ainda não considerados na literatura brasileira relativa ao tema.

Como já mencionado, o presente capítulo o trabalhará com os mapas de precedentes criados a partir das decisões do STF relativas a direitos fundamentais. A seleção dos casos deu-se inicialmente a partir das listas de decisões publicadas pelo STF em seu Informativo semanal, no período de 1995 a 2008²²⁰. Os informativos, disponibilizados no *site* do tribunal, tiveram suas decisões catalogadas e filtradas com base no principal tema em discussão, a fim de se identificar os casos que continham conflitos entre direitos fundamentais, totalizando inicialmente um conjunto de 265 decisões. A partir dessa identificação, e da separação desses casos em grupos de direitos, passou-se ao registro dos precedentes citados nessas decisões, dando origem ao primeiro grau de citação de decisões precedentes. Esses precedentes foram catalogados, e as citações de precedentes destes novos casos foram listadas, formando um segundo grau de citação de precedentes e permitindo a criação de nichos de decisões. Esse mesmo método poderia ser reaplicado a fim de se organizar um terceiro grau de citação de precedentes e assim sucessivamente, até que todas as decisões do STF estivessem catalogadas. Dadas as limitações de tempo e material disponíveis para a elaboração desta tese, foram catalogados dois graus de precedentes, totalizando 3.236 decisões²²¹, o que já permite que o padrão das conexões

²²⁰ O Informativo semanal do STF começou a ser publicado em 1995, por iniciativa do então presidente do STF Ministro Celso de Mello, e reúne as principais decisões do Tribunal (oriundas do Plenário e das duas Turmas), daí o início do marco temporal. A seleção dos casos publicados no Informativo é realizada por uma equipe da Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados, ligada à Secretaria de Documentação do Tribunal. As decisões são selecionadas por conta de sua relevância - por serem casos controversos ou de difícil solução, por representarem a consolidação de um posicionamento da corte, por serem acompanhados pela mídia, entre outras razões - e tal seleção não representa a opinião dos ministros quanto a importância do caso.

²²¹ A relação dessas decisões encontra-se no Anexo.

existentes entre as decisões seja visualizado. Para essa visualização foi utilizada a metodologia de pesquisa para a representação e análise de redes sociais²²².

4.2. Uma leitura dos mapas de precedentes

Para iniciar a análise dos dados pesquisados, apresentarei, num primeiro momento, três mapas representativos do que se encontrou na sistematização das citações de precedentes nas decisões do STF. Eles permitirão que se identifiquem alguns elementos característicos das representações das redes e possibilitarão a comparação com as demais redes. O mapa a seguir, que representa a rede de precedentes do direito ao meio ambiente, será usado como modelo para exemplificar como deve ser feita a leitura dos demais mapas construídos. Alguns apontamentos sobre este mapa permitirão uma melhor compreensão de como devem ser avaliados esses diagramas.

²²² Esse método foi utilizado para o estudo do relacionamento entre decisões judiciais, como é o caso das pesquisas desenvolvidas por Fowler, com base nas decisões da Suprema Corte Americana. Para mais detalhes sobre o método utilizado nessas pesquisas ver, por exemplo, James Fowler & Sangick Jeon, 'The authority of Supreme Court precedent', op.cit. Tais pesquisas, entretanto, tem como foco analisar a relevância de uma decisão em particular com relação às demais decisões presentes em uma rede de precedentes. A pesquisa realizada na tese, por sua vez, volta-se à interpretação das redes e não à compreensão do papel que uma decisão determinada tem em cada rede. Para isso, foi utilizado o software Ucinet, disponível em <http://www.analytictech.com/ucinet/>. Uma descrição mais detalhada das etapas da pesquisa realizada nesta tese, bem como as premissas envolvidas na pesquisa por redes sociais encontra-se no Apêndice Metodológico.

Em segundo lugar, pode-se observar que a quantidade de decisões que receberam mais de uma citação - representadas pelos pontos de cor vermelha - é relativamente baixa, se considerado o número total de decisões presentes no mapa. São no total 17 precedentes

citados mais de uma vez, em um universo de 168 precedentes. Esses 17 precedentes poderiam revelar a existência de decisões com grande relevância decisória, um leading case, caso grande parte das citações fosse referente a uma mesma decisão. Porém, a distribuição equilibrada de citações entre essas decisões não permite a identificação de casos relevantes, já que cada precedente é citado duas, no máximo três vezes.

A constatação mais importante a ser feita, e consequência de apenas 17 dos 168 precedentes serem coincidentes, é o modo como as decisões se relacionam. É possível perceber a existência de diversas decisões que “irradiam” citações de precedentes que, por sua vez, não se conectam com qualquer outro elemento do mapa. Como já mencionado, sentido da flecha é o sentido da citação, deixando clara a existência de diversas decisões que citam um número enorme de precedentes, mas mostrando a inexistência de decisões que recebem quantidade semelhante de citações. As decisões identificadas em vermelho, as que receberam mais de uma citação, tiveram seu tamanho alterado conforme a quantidade de citações que receberam. Isso significa que quanto mais citações, maior a representação do caso no diagrama - quanto maior o quadrado vermelho, mais citada uma decisão foi, podendo indicar a existência de um leading case. No caso do mapa em análise, essas decisões com maior número de citações não passam de quatro, e a quantidade de citações que elas recebem não passa de três, fazendo com que dificilmente qualquer uma delas tenha um peso extremamente relevante para a solução de um eventual caso futuro.

A falta de referências comuns aos mesmos precedentes não pode ser explicada exclusivamente com base na análise das citações mas deve ser aqui ressaltada pois pode indicar a falta de reconhecimento de que precedentes de um dos casos possa servir de guia para os demais. Esse mesmo tipo de separação de núcleos dentro de um mesmo mapa pode ser observado no próximo diagrama, que representa as decisões sobre direito à vida.

Diagrama 3 - Rede de precedentes de decisões sobre direito à vida

O número pequeno de decisões originais - são apenas três - também facilita a utilização desse mapa como modelo para avaliação de padrões de citação de precedentes. A ADPF54-MC, isolada no gráfico, não faz nenhuma referência a precedentes, o que deixa a rede semelhante ao observado no mapa acima. Os dois grupos isolados de casos partem de dois únicos casos originais e não há qualquer referência aos mesmos precedentes nas redes de cada um, fazendo com que o estoque de precedentes de cada caso seja completamente diferente. O histórico decisório da corte nesses casos pode ser absolutamente coerente, porém a decisão da ADPF 54-QO, mais recente, foi tomada com a completa ignorância da existência do HC 84025, caso também referente ao direito à vida²²³. Dentro do grupo de cada caso original não é possível a identificação de um caso - ou alguns poucos casos - que recebam um número grande de citações. No entanto, pode-se perceber que há uma diferença entre os dois grupos de decisões que compõem esse mapa.

O primeiro grupo se assemelha ao já observado no diagrama anterior, em que se constatou a existência de uma dispersão de citações, gerando figuras que mostram uma irradiação de citações de precedentes. Casos novos citam casos antigos que não faziam parte da rede de precedentes, e assim sucessivamente. A rede cresce em número de

²²³ Esses casos foram decididos em 2005 e 2004, respectivamente.

decisões mas não multiplica o número de conexões entre elas²²⁴. O segundo grupo tem um comportamento diferente. As decisões parecem mais conectadas, o que pode ser percebido pela maior quantidade, proporcionalmente, de flechas e pontos vermelhos²²⁵. Um maior número de relações, sem o aumento no número de decisões da rede, faz com que haja uma quantidade maior de coincidências de citações, ou seja, um número maior de decisões que são reconhecidas como precedentes por diferentes atores em tempos posteriores.

Isso faz com que o formato da rede de cada uma dessas decisões originais seja diferente, e a comparação a ser feita entre eles pode ser ilustrativa de dois tipos diferentes de comportamento do STF com relação à citação de precedentes. Enquanto o primeiro grupo mostra um baixo grau de rigor com relação à citação de precedentes, que se espalham e não se repetem, o segundo já expressa uma reiteração do que foi citado pelas demais decisões, o que poderia indicar uma maior preocupação da corte em se utilizar dos mesmos precedentes para tomar novas decisões. No segundo grupo as decisões formam um aglomerado mais consistente de decisões.

Um terceiro modelo de mapa está representado a seguir. Ele contém um exemplo mais complexo de dispersão de citações, presente nas decisões referentes ao direito de propriedade. Contando com 62 decisões originais, a grande quantidade de casos e citações verificadas no mapa abaixo deixa claro o tipo de confusão que foi encontrada na sistematização dos precedentes relativos a esse tema. Deixando de lado as 12 decisões que não se conectam com a rede²²⁶, todo o restante tem conexões entre si. É possível notar, no entanto, que nesse caso as decisões que receberam apenas uma citação - os pontos em vermelho - são maioria, não sendo possível identificar decisões que receberam um número muito expressivo de citações, deixando sem pistas a existência ou não de marcos decisórios amplamente reconhecidos pela corte.

²²⁴ Isso faz com que o número de nódulos (decisões) seja praticamente igual ao número de relações.

²²⁵ A maior quantidade de relações entre as decisões faz com que a rede tenha um número de relações muito superior ao número de nódulos (decisões).

²²⁶ Seja porque não fazem nenhuma referência a precedentes (RE 193749, RE 203909, RE 543974, RE 550769, SS 2217, ADI 2054, MS 20772, ADPF77-MC) ou porque possuem redes pequenas que não se comunicam com o todo (RE 189170, HC 85240, ADI 2163-MC, RE 121140).

nesse momento como ilustração para a leitura e compreensão do restante das redes de decisões, o que será feito no próximo capítulo. Os mapas acima foram escolhidos como representantes de três grupos que foram criados com base no formato das redes representadas. A dispersão de citações, vista no primeiro diagrama, a separação de grupos isolados dentro de um mesmo universo e o baixo grau de referências coincidentes, situação representada no terceiro mapa, são constantes que serão verificadas nos demais mapas. O que se propõe a seguir é a análise detalhada desses grupos, bem como a indicação de possíveis explicações para as figuras encontradas. Elas mostram, de uma forma diferente, o modo como se dá a interação entre as decisões do STF. Voltando à metáfora do romance em cadeia de Dworkin, elas permitem identificar quais foram os “capítulos anteriores” que os ministros decidiram utilizar como parâmetro para suas novas decisões. É importante ressaltar que, ao utilizar a citação de precedentes como dado a ser analisado, sem tomar como variável de estudo o resultado final das novas decisões, não chego a qualquer conclusão acerca da coerência decisória do tribunal relativa ao conteúdo das decisões. O que procuro identificar, ao invés da coerência, é a utilização dos precedentes como ferramenta decisória, não necessariamente como um elemento agregador de argumentação, mas enquanto a possibilidade de reconhecimento de um parâmetro decisório. No momento em que cita um precedente, o tribunal implicitamente apresenta algum tipo de parâmetro de decisão, o que permite que seu trabalho seja mais controlável, representando um ganho em termos de legitimidade de sua atuação.

4.3. As redes de citação de precedentes

A partir dos modelos apresentados no tópico anterior, procurei neste momento agrupar os mapas criados com base das decisões pesquisadas, mostrando quais foram os padrões mais frequentes de citação de precedentes encontrados na jurisprudência do STF, nos casos envolvendo discussões sobre direitos fundamentais.

O perfil das decisões tomadas pelo STF já foi descrito em outras ocasiões. Quando se observa a diferença entre a quantidade de casos julgados e de acórdãos publicados

anualmente²²⁸ fica nítido que as decisões selecionadas para esta pesquisa são minoria quando se considera o tipo mais comum de decisões tomadas pelo tribunal, as decisões monocráticas²²⁹. O que se percebe hoje, nesse sentido, são mudanças realizadas na jurisdição constitucional, em especial na última década, a fim de alterar esse padrão decisório do tribunal, o que consequentemente muda o tipo de corte que o STF se assemelha, tornando-o cada vez menos a última instância decisória do Poder Judicial e cada vez mais uma corte constitucional voltada à definição de elementos sensíveis da constituição²³⁰.

Ao diminuir seu papel de última instância, solidificando sua função de corte constitucional, o tribunal passa gradualmente a contar com menos casos em que há orientações claras e uma jurisprudência consolidada, concentrando sua atuação nas decisões que se aproximam bastante do perfil dos casos usados no presente trabalho. São casos menos simples, que envolvem, entre outros problemas, o conflito de regras e princípios constitucionais, a definição de conceitos jurídicos, a introdução de limites ao poder estatal. Essas questões não se limitam a casos envolvendo direitos fundamentais e fazem parte do trabalho corrente de uma corte constitucional.

Isso faz com que compreender o modo como o STF desenvolve o direito nos casos em análise ganhe relevo, mesmo diante da baixa representatividade numérica que eles têm em comparação com o número total de decisões tomadas anualmente pelo tribunal. O que há de relevante, nas conclusões aqui apresentadas, é que elas se referem à atuação mais sensível da Corte e, consequentemente, que demanda um grau maior de controle por parte de atores externos ao judiciário.

Os modelos analisados no tópico anterior podem ser entendidos como padrões de utilização de precedentes pelo tribunal encontrados no universo delimitado por este

²²⁸ Só no ano de 2010 foram 10.814 acórdãos entre os 103.869 casos julgados no total pelo STF. Esse número por si só já mostra que apenas 10% das decisões tomadas pelo tribunal se enquadram dentro do perfil das decisões pesquisadas. Fonte: STF. Dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

²²⁹ Sobre o perfil decisório das monocráticas, cf. Marcos Paulo Vereissimo, A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”, op.cit.

²³⁰ A diferenciação das funções do STF entre corte recursal, ordinária e constitucional, feita pela pesquisa “O Múltiplo Supremo”, deixa evidente os distintos perfis do tribunal e a consequente diferença no trabalho realizado por cada uma. Dentre as três, o perfil recursal é o dominante, responsável por mais de 90% da atuação total do STF. Cf. Joaquim Falcão *et al.*, “I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo”, op.cit.

trabalho. A partir da identificação desses padrões, foram formados três grupos com os mapas de decisões do STF. Será possível verificar que, apesar de apresentarem semelhanças, os mapas não são idênticos. As variações entre eles permitem a identificação de elementos relacionados, por exemplo, ao processo de tomada de decisão do tribunal, seu posicionamento mais frequente com relação ao uso de precedentes, além da preocupação do tribunal em sinalizar, por meio de constantes citações, quais são as decisões paradigmáticas dentro de cada tema.

Aponto, a seguir, os elementos que mais contribuem para uma análise detalhada do modo como o precedente é usado na jurisprudência do STF, separados nos três grupos já mencionados: *dispersão de citações*, *conexão de precedentes* e *citação caótica*. Cada um desses grupos representa não só o modo como certas decisões utilizaram precedentes na sua fundamentação, mas funcionam como indicadores da forma como o precedente é visto pelo próprio tribunal. Dadas as premissas apresentadas anteriormente e a metodologia utilizada para a construção dos mapas, passo agora para sua análise.

4.3.1. Dispersão de citações

O primeiro grupo caracteriza-se por possuir mapas com decisões originais que frequentemente criam grupos separados de citação. Nesses casos, o padrão de citação de precedentes é o que chamarei a partir daqui de *dispersão de citações*. Com isso quero dizer que são situações em que há uma quantidade considerável de citações de precedentes feitas pelas decisões, mas que no entanto a rede formada pelos precedentes de uma decisão não se conecta com a rede formada pelos precedentes de outra. Assim, o total de citações se restringe aos precedentes reconhecidos em uma única decisão original. O mapa a seguir, que traz a rede de precedentes de decisões que tratam do direito à honra, ilustra essa situação de forma muito clara. Nele percebemos a existência de poucas decisões originais - são apenas seis (HC 73793, HC 85629, HC 8185, HC 81264, Inq 2061, Inq 2637-Arg) - que formam grupos isolados de redes de precedentes.

citações. No entanto, outras informações podem ser retiradas dessa constatação. A escolha de contextos decisórios distintos pode indicar, entre outras coisas, o reconhecimento de não haver qualquer tipo de obrigação do tribunal em fazer referência às mesmas decisões, já que cada nova decisão pode citar seus próprios precedentes.

Isso revela um primeiro aspecto no tratamento dos precedentes pelo STF. O modo como as decisões desse mapa se conectam mostra que os precedentes, nesses casos, tem aplicação limitada a uma decisão particular. A cadeia de precedentes, nesses casos, não chega a englobar todas as decisões presentes no mapa. Para cada decisão, uma cadeia nova é formada, não havendo a necessidade de agregação de conteúdo na formação desses contextos decisórios. Eles seriam agrupados, nesse sentido, conforme as exigências de um caso particular, e não por consequência do reconhecimento de que citar o precedente X implica reconhecer que a cadeia de precedentes citado por ele também passa a integrar o contexto decisório da decisão nova.

Numa outra perspectiva, olhando para as futuras decisões a serem tomadas pelo tribunal, essa *dispersão* de casos originais e seus respectivos precedentes pode indicar que os precedentes identificados pelo STF para um caso em particular não necessariamente servirão de base para novas e subseqüentes decisões tomadas por ele, mesmo quando tratem de um mesmo tema. Nesse sentido, não é possível prever quais serão os precedentes citados pelo Supremo nessas novas decisões.

Uma observação, no entanto, deve ser feita. A *dispersão das citações*, por si só, não pode ser considerada uma falha no uso de precedentes por parte do tribunal. Ao observar no mapa acima, por exemplo, um primeiro questionamento que pode ser feito é com relação aos temas específicos, ou aos problemas, presentes em cada uma das seis decisões originais. Na circunstância dos casos originais não tratarem das mesmas questões jurídicas em discussão, ainda que inseridas na mesma grande temática, muito pouco poderia ser exigido em termos de coincidência de citação dessas decisões, justificando assim a criação de universos independentes de contextos decisórios. O mapa acima é um exemplo dessa situação. Ainda que tratando do mesmo grande tema, o direito à honra, os problemas jurídicos específicos, encontrados em cada um, é minimamente distinto, o que justificaria a falta de citações entre as decisões.

Acontece que a falta de referências entre as decisões originais não é o único elemento a ser constatado a partir da observação desse mapa. Além das seis originais, observa-se a presença de outras 70 decisões citadas, apenas três delas coincidentes²³¹. Mesmo não tratando exatamente dos mesmos problemas, todas as decisões encontram-se dentro de um universo de discussão a respeito do direito à honra e suas implicações. Ainda que os casos originais não tratem exatamente dos mesmos pontos, é muito difícil imaginar que nenhuma das decisões citadas por elas não tenham nenhum tipo de conexão temática que justificasse a sua referência como precedente²³². Do modo como está representado o mapa, percebe-se que todas as redes foram formadas com base em diferentes precedentes, não havendo qualquer tipo de conexão entre elas. Há uma completa desconsideração da existência de outros universos de precedentes referentes ao mesmo tema discutido. A *dispersão* das redes de precedentes, formando contextos decisórios independentes é a principal característica desse grupo de decisões e não do mapa anterior. O diagrama abaixo, que representa a rede de precedentes de decisões de direito ao meio ambiente, permite a identificação dessa mesma característica.

²³¹ São as decisões em Inq 1660-QO, Inq 512-QO e MI 375-AgR

²³² Considerando-se aqui não só os precedentes citados pelas decisões originais, mas também os precedentes citados por estes precedentes.

Diagrama 2 - Rede de precedentes de decisões sobre direito ao meio-ambiente.

Este mapa, além da dispersão, mostra a existência de outros elementos a serem considerados. Com ele pode-se constatar que a existência de mapas em que as redes criadas a partir de casos originais aparecem completamente isoladas umas das outras não se restringe aos casos em que a questão específica presente nas decisões originais é diversa. A situação ilustrada no mapa acima, referente a decisões sobre direito ao meio ambiente, mostra que mesmo com decisões originais que tratam do mesmo problema específico, há uma total desconexão entre os universos citados. Trata-se de dois grupos separados que se formam a partir de apenas duas decisões originais (STA 118-Agr e ADI 3937-QO-MC), já que as demais decisões originais não citam precedentes (ADI 1952-MC, ADI 2359, Rp 919). Os dois casos originais tratam de um mesmo tipo de problema, as restrições à comercialização de produtos por razões ambientais, mas mesmo assim não há qualquer conexão entre as decisões citadas por cada um deles. Novamente, o que se esperaria de um mapa criado com base nessas decisões não é necessariamente haver uma relação de precedentes entre as duas decisões originais.

Detalhes mais específicos tratados nessas decisões podem fazer com que elas não tratem da mesma questão específica, ou até que elementos fáticos impeçam que uma possa

ser usada como precedente da outra. O que se esperaria, entretanto, é que dentro do universo de decisões citadas por uma houvesse algum tipo de relação com o universo de precedentes citados pela outra, o que não ocorre, como se pode observar. Nesse sentido pode-se dizer que todo um grupo de decisões desconsidera a existência do outro grupo, deixando evidente que nenhuma delas serviu de parâmetro decisório para a outra, já que os contextos decisórios formados pelos precedentes estão totalmente isolados.

Os nichos formados nos mapas em que as decisões tratam exatamente do mesmo problema deixam nítida a existência da não regularidade na citação dos precedentes. Isso faz com que se criem duas ou mais redes com o mesmo problema e que não se conectam de nenhuma forma, deixando transparecer que problemas semelhantes foram decididos com a total desconsideração da existência um do outro. Isso porque nessas situações não se está diante de um caso que não cita um precedente em particular, mas de toda uma rede de decisões que não considera a existência de outra. Ainda que a sistematização das decisões demonstre que o recurso aos precedentes ocorre com grande frequência na jurisprudência do STF, ao mesmo tempo não se observa a referência aos mesmos precedentes diminuindo, assim, o peso dessas citações, já que a quantidade de relações de precedentes é quase tão grande quanto o número de precedentes presentes na rede. Se para cada decisão que o tribunal toma há um precedente diferente, então sugere-se que o poder de constrangimento que esse precedente exerce é pequeno.

Além da existência de contextos decisórios independentes, uma segunda característica das decisões presentes nesses grupos é o que pode ser chamado de *irradiação* de citações. Ao se observar o modo como se distribuem as decisões citadas, mesmo quando considerados os nichos criados pelas decisões originais, percebe-se a existência de decisões que citam uma quantidade enorme de precedentes, que por sua vez não são citados por nenhuma outra. O mapa abaixo deixa clara essa distribuição das citações.

Diagrama 6 - Rede de precedentes de decisões sobre direitos da criança e do adolescente.

O mapa acima, referente aos direitos da Criança e do Adolescente é um exemplo desse tipo de situação. Nele, são identificados três casos originais, cada um sem conexão com as demais decisões originais²³³. As questões tratadas nos casos, no entanto, são as mesmas: trata-se da internação de adolescentes, interpretando o texto do ECA a respeito da segregação dos menores e dos prazos de recolhimento em instituições. A única decisão que utiliza precedentes, o RHC 93431, cita uma quantidade pequena de precedentes, que por sua vez citam diversos outros. Nessa rede, entretanto, o que se observa é a grande irradiação de precedentes, sem que haja uma coincidência muito grande de citações a uma única decisão, ou a um número restrito delas. Há coincidências nas citações mas elas são todas em mesmo número, o que não permite identificar se uma delas traz um parâmetro decisório reconhecido pelo tribunal como mais importante que a outra.

Essa é uma característica que se poderia esperar em um cenário em que o precedente é tradicionalmente mais usado como elemento ilustrativo ou exemplificativo na fundamentação de decisões do que uma ferramenta que apresente para o leitor as bases decisórias do novo caso. Isso porque essa grande quantidade de citações, em primeiro lugar, aponta para um não rigorismo em termos de necessidade de indicar o precedente que fundamenta a decisão tomada. Para isso bastaria que uma única citação seja feita, e não as

²³³ São elas HC 90248, HC 88473 e RHC 93431.

múltiplas referências observadas. A existência desse formato de irradiação, ou em outras palavras, a grande quantidade de citações de decisões com baixo grau de centralidade na rede, pode ser indicativo de uma característica que foi apontada no capítulo inicial da tese, a sensação de vinculação aos precedentes relativa a um grupo de precedentes e não a uma única decisão²³⁴.

Outra particularidade desses pontos de *irradiação*, e diferente do que a primeira vista poderia se sugerir, é que as múltiplas decisões citadas não são decisões tomadas pelos mesmos relatores dos casos originais. Caso se tratassem de decisões tomadas pelos mesmos relatores, poderíamos estar diante de um uso recorrente de auto-precedentes individuais. Como cada ministro acabaria citando apenas precedentes em que foram de sua relatoria, dificilmente haveria qualquer relação entre os contextos decisórios criados pelas decisões originais, justificando a existência desses núcleos independentes.

Foi possível verificar, entretanto, que as citações, mesmo aquelas que irradiam a maior quantidade de precedentes, como é o caso do RE 439703 presente no mapa acima, não se referem a precedentes de um mesmo relator. Além de indicar que a citação de cada ministro não se restringe aos próprios precedentes, o que é uma outra constatação importante para a presente tese, essa verificação permite dizer que há o reconhecimento de autoridade das decisões do tribunal, e não somente na sua própria opinião presente em uma decisão anterior. Os ministros, nesse sentido, preocupam-se em utilizar as decisões do tribunal, e não seu próprio posicionamento passado.

Uma terceira característica dos mapas agrupados aqui é a quantidade de coincidências de citações, ou seja, a quantidade de precedentes que são citados por diversas decisões. Dentre os mapas presentes nesse grupo, há alguns que apresentam coincidências de citações de precedentes, mas não em quantidade suficiente para que uma rede densa seja formada. Essa pequena quantidade de coincidências pode ser vista no mapa abaixo, que representa a rede de decisões de Direito a Informação.

²³⁴ Ou seja, aparentemente o que é usado como precedente é a repetição de julgamentos, repetição que forma a jurisprudência consolidada, e não uma decisão em particular.

que não há uma preocupação especial dos ministros em construir, de modo geral, conjuntos de decisões de maior peso, ou linhas decisórias que coloquem em evidência o papel de determinados precedentes para a decisão final. Nesse sentido, as decisões servem mais como um elemento ilustrativo na fundamentação do que realmente a indicação de um parâmetro decisório que deve ser considerado sempre que o mesmo tema se repita na jurisprudência do tribunal.

Ainda assim, a grande quantidade de citações de precedentes encontrados na fundamentação dos casos ainda não permite que se afirme qual é a função que o precedente apresenta nas decisões do tribunal. Precedentes não são apenas textos que informam, ou auxiliam a tomada de decisão, como são outros textos, como por exemplo os doutrinários. A citação de precedentes é extremamente frequente, o que fica claro quando se percebe que a quantidade de decisões originais aqui identificadas em que não há citação de qualquer precedente é muito pequena. Esse dado revela elementos da prática decisória do tribunal, e não pode ser desconsiderado.

Por fim, vale a pena analisar mais atentamente o diagrama com a rede de precedentes relativos ao direito à vida, usado como modelo anteriormente, que apresenta algumas das características apresentadas acima. A separação das decisões em dois grupos independentes poderia ser justificada por conta da diferença dos temas específicos envolvidos nos dois casos originais. Enquanto a ADPF54-QO trata da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, o RE 393175 trata da distribuição de medicamento para paciente com grave risco de vida. Para a solução dos problemas envolvidos não há que se falar em termos de relação de precedência entre eles. Porém a argumentação em torno do direito à vida e suas implicações, assim como as responsabilidades estatais para a implementação desse direito, passa por elementos mais abstratos que permeiam os dois casos. Não haveria que se falar na citação direta desses casos como precedentes, mas novamente o que se observa é a completa segregação dos grupos de precedentes, não havendo qualquer citação comum entre eles. Dada a relevância do tema tratado nessas decisões, esse mapa será usado no capítulo de análise qualitativa.

identificação destes standards se torna mais transparente no momento em que o próprio tribunal usa de referências às suas próprias decisões a fim de justificar as novas. Ao não se preocupar com a quantidade e frequência da coincidência das citações o tribunal perde uma oportunidade de fixar de modo claro seu posicionamento. Além dos mapas presentes neste capítulo, há outros que se encontram no apêndice.

4.3.2. A conexão entre decisões na superação de precedentes

Duas situações chamaram atenção pelo modo como foram estabelecidas as conexões entre as decisões nos mapas de precedentes. Diferente da *dispersão* observada nos mapas anteriores, nos quais cada decisão citou um grupo diferente de precedentes, formando núcleos independentes de decisões - o que chamei de contextos decisórios distintos, aqui a conexão entre as decisões é intensa, já que os precedentes usados são citados diversas vezes por várias decisões, formando uma rede mais densa, com muitas conexões entre si. Nos termos utilizados anteriormente, os gráficos abaixo demonstram a existência de um número considerável de decisões com alto grau de centralidade nas redes, já que o coeficiente de relações aqui é sensivelmente maior. Essas conexões fazem com que o gráfico formado pelas redes sejam gráficos muito diferentes do que aqueles vistos no grupo anterior e foram percebidos em duas situações características: no caso de superação de precedentes e na reiteração de regras.

Como pode ser percebido no mapa abaixo, que representa a rede de precedentes das decisões sobre depositário infiel, a superação dos precedentes levou a uma grande quantidade de coincidências nas citações, uma vez que muitas delas foram citadas em uma quantidade grande de vezes.

O mapa analisado acima é exemplo dessa situação de coincidência de citações. A grande quantidade de casos deixa o mapa mais denso, mas a existência de uma quantidade maior de casos com mais de uma citação, além da percepção de que há muitos casos que recebem uma grande quantidade de citações, mostra que a diferença com os diagramas do grupo anterior não se trata somente de uma quantidade maior de decisões, e sim de uma rede altamente intrincada e com uma quantidade muito relevante de conexões entre as decisões.

O que esse mapa permite, com isso, é confirmar a percepção indicada na introdução, em que se sugeriu que o caso do depositário infiel poderia ser entendido como um caso que ilustra uma Corte que atua com responsabilidade com relação a seu posicionamento passado. Se considerarmos que se trata de uma questão em que houve uma alteração jurisprudencial, o mapa permite perceber que o STF se preocupou em levar em consideração as decisões passadas para alterar seu entendimento. Apesar de decisões pontuais, o aglomerado único de casos faz com que se perceba um universo mais próximo de decisões, em um padrão completamente diferente do que se observou nos mapas anteriores.

O mapa apresenta 29 decisões originais, cinco delas não inseridas na rede de precedentes (HC 73633, HC 74352, HC 85097, HC 86160 e HC 94307-QO). Considerando as 24 decisões que fazem referência a precedentes, pode-se observar que cada decisão nova incrementou a rede formada, fazendo com que paulatinamente fosse possível identificar as decisões relevantes a respeito do tema. As decisões que alteraram a jurisprudência do STF sobre o tema foram os RE 349703, RE 466343 e o HC 87585 julgados em conjunto em dezembro de 2008. Pode-se perceber que essas decisões se apoiaram grandemente em precedentes e, posteriormente, figuraram como precedentes para novas decisões.

Há, no entanto, outras particularidades a serem constatadas pela análise deste mapa. Dentre os precedentes mais citados na rede está o HC 72131, caso julgado em 1996 e que estabeleceu o posicionamento do Supremo a respeito do tema. Por tratar-se de uma questão controvertida, alvo de constantes debates, a decisão dos ministros de atestar a constitucionalidade da prisão do depositário infiel passou a fundamentar as decisões subsequentes do tribunal. Ainda que entre os ministros houvesse opiniões dissidentes, a

solução fixada pelo HC 72131 figurou durante anos como o posicionamento da corte e, apesar de desafiada constantemente pelas partes que pretendiam sua alteração, manteve seu papel de *leading case*, sendo citada constantemente pelas decisões subseqüentes pelo tribunal.

Mais de dez anos depois, em dezembro de 2008, o tribunal julga três casos que alteram esse posicionamento. As três decisões, acima mencionadas, alteram o entendimento da corte sobre o problema, opondo-se não só à solução que foi adotada pelo tribunal no HC 72131, mas ao posicionamento que foi reiterado inúmeras vezes na jurisprudência ao longo desses anos. A força do posicionamento superado pode, assim, ser medida pela forma como os precedentes foram usados nas três decisões de 2008. A fim de alterar o resultado final da decisão, os ministros se viram obrigados a retomar aquilo que havia sido decidido no passado, citando diversos precedentes que demonstravam a existência da jurisprudência consolidada, a fim de construir a argumentação que levaria à superação desses precedentes.

Pode-se dizer, no entanto, que a alteração jurisprudencial explicaria unicamente o fato daquelas decisões que alteraram o posicionamento do tribunal, os três casos mencionados acima, se apoiarem em precedentes de um modo mais intenso. Porém, o mapa aqui reproduzido não apresenta apenas as três decisões paradigmáticas e seus precedentes - situação que formaria um grande núcleo com três centros de *irradiação* muito bem identificáveis - o que não se verifica. Os precedentes citados pelos ministros nessa alteração de jurisprudência já faziam parte de uma rede densa, em que a *dispersão de citações* não era regra. Há portanto, outros elementos que podem explicar a formação de mapas com essas características, que não são explicados unicamente pela alteração jurisprudencial.

Ao observarmos outro mapa, que contém o mesmo tipo de formato e que conta também com uma situação de alteração de jurisprudência, podemos ampliar as conclusões a respeito das situações em que o tribunal se apóia mais organizadamente nos seus precedentes. Assim, a rede das decisões referentes ao direito de greve pode auxiliar nessa compreensão.

Diagrama 9 - Rede de precedentes de decisões sobre direito de greve.

O tema específico tratado nas decisões deste mapa refere-se à garantia constitucional do direito de greve para os servidores públicos que dependia, segundo o próprio texto constitucional, de regulamentação que deveria ser realizada por meio de lei infraconstitucional²³⁶. A omissão do legislador, que ao longo de 20 anos não cumpriu a disposição constitucional que previa a elaboração desta regulamentação, foi questionada no STF por meio de Mandado de Injunção diversas vezes. Mesmo com a existência da ferramenta desde a promulgação da Constituição, durante muitos anos o posicionamento do tribunal resumiu-se à notificação da mora do legislativo. Nesse sentido, a decisão do MI 712 alterou o entendimento adotado pelo tribunal quanto à substância do mandado de injunção, levando finalmente à decisão que determinou que a regulamentação voltada ao setor privado fosse aplicada também ao setor público, até que o legislador produzisse a regra específica do setor público. O posicionamento anterior, baseado no argumento de que qualquer tipo de atuação mais incisiva que a notificação da mora do legislador implicaria na ofensa à independência e harmonia entre os poderes, foi assim superado.

²³⁶ Art. 37, inc. VII da Constituição Federal: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”

Essa alteração de entendimento, entretanto, não foi feita sem que os precedentes da corte fossem levados em consideração. Novamente, o que se observa no universo selecionado das decisões referentes ao tema é a retomada das decisões anteriores, que afastavam a possibilidade de ação do Supremo em casos envolvendo a mora do legislador e inaugurou outro tipo de entendimento da corte, admitindo uma resposta mais ativista da corte nessas situações.

Em nenhuma das duas situações apresentadas acima, seja na previsão da prisão do depositário infiel, seja na alteração do entendimento do tribunal a respeito da natureza do mandado de injunção, a mudança de entendimento do tribunal deu-se em face a uma decisão isolada. O conjunto de precedentes citados demonstra, assim, que o posicionamento do tribunal que teve de ser afastado não se encontrava em uma única decisão, mas em uma corrente jurisprudencial sólida, o que dificultaria sua superação. Essa circunstância pode explicar o porque de um resgate tão intenso da jurisprudência do tribunal. Não se tratava, assim, de justificar uma alteração pontual, mas mudar todo um entendimento que vinha sendo reafirmado pela corte e que precisava ser muito bem justificado. Trata-se de uma situação extrema, já que uma tal alteração jurisprudencial não ocorre com frequência. Ainda assim, a atitude dos ministros nessas situações se mostrou responsável e consciente da necessidade de legitimação da sua tomada de decisão, da sua natureza contra-majoritária e detentor, em certa medida, da última palavra sobre temas constitucionais²³⁷.

A forma como a superação de precedentes foi conduzida pelo STF, dessa maneira, confirma a impossibilidade de entendermos o tratamento do precedente pelo tribunal como algo completamente arbitrário e de posição secundária na argumentação. Quando está diante de uma situação que pode levar a um comportamento que coloque em xeque a sua legitimidade, o Supremo se mostra consciente da necessidade de respeito ao que foi decidido anteriormente, fazendo um nítido esforço em justificar a alteração de seu posicionamento.

²³⁷ Esse comportamento “responsável” com relação à necessidade de justificar essa mudança na jurisprudência, contrasta, entretanto, com o resultado da decisão tomada. Ao alterar o entendimento sobre sua postura em Mandados de Injunção e, neste caso concreto, determinar a aplicação da legislação referente ao direito de greve do trabalhador privado para o funcionário público, o Supremo extrapola sua função de juiz, inovando o ordenamento jurídico e se sobrepondo à tarefa do Legislador. Essa atitude, muito criticada, vai de encontro a um posicionamento legítimo de corte constitucional, responsável por avaliar a constitucionalidade dos atos produzidos pelos demais Poderes.

[illegible]

Aqui a proporção entre o número de decisões e o número de relações de precedentes também é mais alta, praticamente inexistindo o que se identificou como *irradiação de citações*²³⁸. Isso porque cada decisão cita um número grande de precedentes que já foi citado por outras como precedentes, fazendo com que haja uma quantidade grande de decisões relevantes no mapa.

quanto no caso da inviolabilidade parlamentar, o que se tem são direitos previstos por meio de regras, e não princípios. São enunciados normativos menos abrangentes e que determinam consequências jurídicas específicas a certos fatos. No caso dos primeiros mapas, h-se a previsão de que haverá prisão civil por dívida caso no caso do depositário infiel e a determinação de que a greve dos servidores deverá ser regulamentada por lei específica. No mapa em questão, tem-se a previsão de que políticos são invioláveis por suas manifestações quando do exercício do cargo. São prescrições específicas a situações específicas, que não geram grande controvérsia quanto a sua aplicação (e sim quanto aos seus limites, ou à sua constitucionalidade enquanto regra). a

Curiosamente, esses seriam casos em que muito pouco precisaria ser justificado por meio de precedentes, já que há circunstâncias suficientes que por si só justificam a decisão judicial. Nesses casos, entretanto, o uso do precedente se deu de forma mais consistente, uma rede que permite a identificação de um número grande de coincidências fazendo com que alguns poucos casos fossem usados como parâmetro decisório.

É importante levar em consideração que as decisões que alteram entendimentos jurisprudenciais, como é o caso dos RE 349703, RE 466343 e HC 87585 que tratam da prisão do depositário infiel e do MI 712 no caso do direito de greve de servidores públicos, tem uma razão forte para a citação de precedentes, já que superar um posicionamento antigo demanda um ônus argumentativo maior por parte do tribunal. O que se observa, no entanto é que a utilização de precedentes nesses casos não se dá do modo *irradiador* como se viu no grupo anterior. Se o mesmo padrão fosse seguido, as decisões citadas por eles teriam pouca, ou nenhuma, conexão com as demais. No entanto, a rede formada pelos precedentes citados permite que se perceba que as decisões superadas já formavam uma rede de precedentes com alto grau de conexão entre si. Essas informações podem indicar que o que faz com que essas decisões formem um grupo diferente de padrão de citações seja não só o fato de, em alguns casos, tratar-se de situações de alteração de jurisprudência, mas também devido ao fato de serem regras.

É possível dizer que os mapas com intensa citação de precedentes da própria rede observados neste último grupo referem-se a problemas específicos, e não simplesmente a grandes temas. São questões mais pontuais (prisão do depositário infiel, inviolabilidade parlamentar e direito de greve do servidor público), especificações de alguns direitos

fundamentais. A existência de pontos mais claros na Constituição tratando desses temas poderia fazer com que a citação de precedentes fosse menos necessária nesses casos. Mas ao contrário do que poderia parecer, é justamente nesses temas que o apoio ao precedente parece mais intenso e consistente. Isso poderia mostrar que ao invés de usar precedentes para fixar entendimentos onde não há muita clareza sobre a correta interpretação do texto constitucional, pontos da constituição em que os direitos são garantidos de forma mais vaga, o STF se apóia mais em precedentes para fixar, ou re-afirmar, pontos específicos. A jurisprudência aparece, assim, como meio auxiliar e de ilustração, mais do que estabelecimento de *standards*. Essa questão aparecerá novamente nos discussões tratadas no próximo capítulo, quando a citação de precedentes é analisada em meio a argumentação dos ministros.

4.3.3. Citação caótica

O terceiro grupo de mapas apresenta um padrão que chamo de *citação caótica*. Os mapas são caracterizados por uma grande quantidade de decisões sobre um mesmo tema, com uma grande quantidade de citação de precedentes, muitas delas coincidentes. Trata-se de mapas caóticos porque, diferente do grupo de *dispersão de citações*, as decisões formam um grupo único de decisões, e não vários, mas em que não é possível distinguir um formato tão conciso quanto os mapas do segundo grupo, em que há um alto grau de *conexão entre decisões*. O que se observa aqui é uma mistura entre conexão intensa e dispersão, agravada pela grande quantidade de decisões originais. O mapa abaixo, referente a decisões relativas a direitos indígenas, mostra essa situação.

como padrão decisório forte. O mapa abaixo, referente a decisões sobre Direito de Propriedade deixa mais evidente essas características.

Diagrama 4 - Rede de precedentes de decisões sobre direito de propriedade.

Essa é a rede que conta com o maior número de decisões originais, são 62 no total. São 424 decisões no total da rede, relacionando-se de modo a apresentar 542 citações de precedentes, o que é um número relativamente pequeno, havendo em média menos de duas citações feitas por cada decisão. O mapa, assim, é formado por muitas citações, algumas coincidentes, mas sem que haja decisões identificáveis como geradores de padrões decisórios, bem como o compartilhamento de *contextos decisórios*.

O que poderia explicar a formação de mapas com essas características é a citação de diversas decisões que trazem um mesmo conteúdo decisório, um mesmo dispositivo e uma mesma fundamentação. Isso ocorre porque em diversas ocasiões um mesmo problema jurídico é apresentado para o tribunal em diversos casos diferentes. Dada a semelhança dos casos, o tribunal frequentemente se depara com os mesmos conflitos jurídicos, solucionando-os da mesma forma, trabalhando de modo coerente o balanço entre direitos e orientando as tomadas de decisões futuras. O que se tem, ao final desses julgamentos - que podem ou não ser julgamentos em bloco - são inúmeros acórdãos que contam exatamente

total de decisões existentes em cada um dos mapas. Enquanto no mapa de direito de propriedade há 424 decisões (originais e não originais), o mapa do depositário infiel conta com 231 decisões, muito menos que a metade. Esse número menor de decisões mostra que as citações de precedentes foram feitas fazendo-se referência a um número menor de decisões, ou seja, uma maior quantidade de citações coincidentes a precedentes. Esse tipo de comportamento permite a identificação de quais foram as decisões mais relevantes, usadas por diversas vezes pelo STF.

Nesse sentido, a multiplicidade de citações pode explicar essa diferença. Exatamente o mesmo conflito foi julgando no RE 156404 e sucessivamente em outros 29 casos semelhantes²⁴⁰. Eles contêm a mesma decisão e o inteiro teor destes 29 acórdãos não são publicados. O conteúdo do RE 156404, decisão que trata do direito de igualdade, não se altera em nenhuma dessas outras decisões. Tais conjuntos de decisão podem ou não ser decididos ao mesmo tempo, em uma única sessão de julgamento, mas sempre apresentam exatamente a mesma decisão. Essa prática da corte, que se volta a gerar eficiência dados os inúmeros casos a serem decididos, faz com que um mesmo conteúdo apareça em diversas numerações e essas numerações múltiplas acabam usadas como precedentes diferentes, multiplicando a rede apenas com números de citações diferentes, mas não com conteúdo diferente. A rede se espalha, contando com um grande número de casos referentes ao mesmo tema, mas seu conteúdo é mais conciso do que parece.

O problema que isso gera é a utilização de cada uma dessas decisões como um precedente autônomo. Por diversas vezes os ministros utilizarão cada uma dessas decisões como precedente para novas decisões. Assim ocorre, por exemplo, no caso do MS 24831. Essa decisão cita como precedentes o MS 24847, MS 24845 e MS 24848, entre outros. Os precedente citados, entretanto, são no mesmo sentido do próprio MS 24831, ou seja, tem o exato mesmo conteúdo da nova decisão, por terem sido julgadas em conjunto. As três decisões citadas são na realidade uma só, mas são tratadas como autônomas. Isso dificulta o reconhecimento de que seu conteúdo é relevante pois, em tese, uma decisão que poderia

²⁴⁰ São acórdãos no mesmo sentido do RE 156404: RE 157863, RE 146934, RE 173367, AI 157644 AgR, RE 176354, RE 156972, AI 170882 AgR, AI 153669 AgR, RE 141435, RE 141864 AgR, AI 171909 AgR, RE 143804, RE 184062, RE 185300, RE 163568, RE 176369, RE 149485, RE 171221, RE 208422, RE 148712, RE 150170, RE 164872, RE 140646, AI 208290 AgR, RE 197847, RE 216929, RE 221964, AI 208290 ED, RE 141437 AgR. Todos eles possuem o mesmo conflito, o indeferimento de inscrição em concurso público, fundado em imposição legal de limite de idade, e as decisões seguem o mesmo posicionamento do STF, já que tal indeferimento se dá com base em discriminação inconstitucional.

ser identificada como importante - sendo citada, por exemplo, 10 vezes - será fragmentada e suas “cópias” serão citadas, diminuindo a percepção de que tal conteúdo é relevante.

Essa característica pode parecer apenas um detalhe, mas a multiplicidade de citações “aleatórias” enfraquece a percepção de que novas decisões são baseadas nos mesmos precedentes, mantendo distorcida nossa ideia de que nossos tribunais não se baseiam em precedentes para decidir. O que de fato parece ocorrer é um uso não organizado e consciente dos precedentes, e uma baixa percepção de que reafirmar poucas decisões gera um impacto mais perceptível do que citar muitas decisões que tem o mesmo conteúdo. Isso pode levar a afirmação de que a prática do STF é a de citar muito, mas citar mal. Precedentes são usados frequentemente, mas a ele não é atribuído um papel mais relevante. Como será argumentado adiante, essa prática diminui o papel do STF como criador de direito, fazendo com que suas decisões tenham um grande impacto no caso específico que se encontra em julgamento, mas pouco significado em futuros casos que serão decididos por ele mesmo. Além de não ser um comportamento esperado de uma corte constitucional, por ser uma perda em termos de possibilidade de controle do conteúdo das decisões, essa atitude não leva em conta uma possível atuação estratégica do tribunal voltada a estabelecer *standards* jurídicos fortes, passíveis de se tornarem reais marcos decisórios do ordenamento.

4.4. Apontamentos sobre citações de precedentes na jurisprudência do Supremo

A busca pela reconstrução das redes de precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal representa a primeira parte da análise realizada na tese. Por meio da observação e sistematização das citações de precedentes foi possível perceber, em primeiro lugar, que a referência a precedentes é um fenômeno absolutamente frequente nas decisões do STF, elemento que por si só não pode ser desconsiderado.

Fazer referência a decisões anteriores diminui a discricionariedade na tomada de decisão, já que a nova solução está pautada pelas disposições anteriores. Citar um precedente envolve um ato de escolha do juiz, deixando mais transparentes as bases de sua decisão. Precedentes são citados com frequência na fundamentação das decisões do Supremo e uma explicação que se limite a classificá-lo como ferramenta auxiliar na

tomada de decisão não parece satisfatória para compreender o papel que o precedente cumpre na argumentação dos ministros do STF.

A construção de mapas de citação forneceu informações a respeito da presença dos precedentes nas decisões, bem como sobre a preocupação dos ministros em fundamentar suas decisões com base na jurisprudência disponível. Uma conclusão parcial, a ser levantada com base nos três grupos, é a de que não é possível dizer que na jurisprudência do STF exista um padrão único de utilização de precedentes, mesmo quando considerado um universo mais restrito, que trata de temas de direitos fundamentais. Nesse momento ainda não é possível dizer quais seriam as razões para essa diferença de utilização de precedentes, mas essas diferenças deixam evidente não só que a afirmação de que o *civil law* trata precedentes de uma única maneira, enquanto que o *common law* o faz de outro modo não responde suficientemente à pergunta sobre qual é o padrão de utilização de precedentes no STF. Essa multiplicidade de padrões encontrada no STF deixa nítida que um cenário de respeito a precedentes pode existir em nosso sistema mesmo não havendo no STF qualquer regra formal que o vincule a essa sua atuação. Compreender e explicar o porquê desses padrões depende da análise mais detalhada desses mapas, o que será feito, em alguma medida, no próximo capítulo.

Os grupos que foram apresentados neste capítulo servem para uma primeira aproximação para o modo como as decisões do STF se referem aos seus precedentes, apresentando um modo diferenciado de visualização das relações existentes entre as decisões. A *dispersão de citações*, a *conexão entre decisões* e as *citações caóticas* são padrões de citação de precedente observados nos mapas criados que permitem que algumas hipóteses sobre o comportamento do STF na tomada de decisão sejam apontadas. Ao se perceber que a maior parte dos mapas criados se enquadram no primeiro tipo de padrão, a *dispersão de citações*, nota-se que a utilização de precedentes pelo tribunal é constante, mas que não há uma preocupação em se estabelecer uma uniformidade nesse uso. É possível afirmar, ainda, que não se observa, nesse grupo de decisões, a construção de uma jurisprudência organizada em torno desses direitos pesquisados. As decisões são tomadas com base em precedentes mas os nichos de precedentes formam núcleos separados, sem conexão com os grupos já construídos pela jurisprudência. A citação de precedentes, do modo como observado nesses mapas, serve para a solução de um caso em particular, mas

não para apontar, em meio a toda a jurisprudência do tribunal, quais são as decisões que contam com um maior peso em termos de consolidação de pontos normativos de necessário respeito em situações semelhantes, isso porque não foi possível perceber decisões que receberam uma quantidade expressiva de citações, ou em outras palavras, não foi possível, nessas situações, encontrar decisões com um grau de centralidade muito grande em nenhum desses mapas.

Estando a análise restrita à sistematização das citações, algumas questões deixam de ser explicadas, como por exemplo, o que faz com que a coincidência de citações seja mais ou menos freqüente. Em outras palavras, o que faz com que um caso seja usado repetidas vezes como precedente, tornando nítido seu posicionamento de parâmetro decisório para decisões subseqüentes, não pode ser explorado unicamente com base na leitura desses mapas. A análise dos mapas não permite que se chegue a uma resposta, mas outras análises podem ser feitas a fim de compreender o porque do STF indicar, em alguns casos, com tanta clareza quais são as bases da tomada de decisão em determinados grupos de casos.

Nos mapas pertencentes a esse grupo, a pesquisa por temas fez com que casos que não necessariamente tratam dos mesmos conflitos, das mesmas questões jurídicas, fossem colocados nos mesmos mapas. O fato de não tratarem das mesmas questões pode fazer com que eles não tenham o mesmo desenho que outros mapas, e as decisões originais formam redes de precedentes centradas em uma única decisão, sem que haja qualquer tipo de conexão com outras, formando mapas com um baixo grau de conexão. Há, no entanto, exemplos de mapas com esse padrão que contam com questões jurídicas semelhantes entre si. Um mesmo problema é tratado em diferentes decisões originais, mas isso não gera uma maior citação de precedentes e nem uma conexão entre as redes formadas por elas, fazendo com que cada decisão original construísse o que chamei de *contexto decisório* particular, sem qualquer tipo de relação entre os diferentes contextos.

Observando os mapas de questões como a prisão do depositário infiel, o direito de greve e a inviolabilidade parlamentar, os mapas do grupo com mais *conexões entre decisões*, percebe-se uma maior “coerência” no uso do precedente. São muitas relações entre as decisões, todas fazendo referência aos mesmos precedentes. Esse formato dos mapas é bem diferente dos demais, que tratam de temas mais “amplos”, como direito a vida, liberdade profissional. O que parece é que, quando há uma regra sobre o tema, o STF

usa mais vezes os mesmos precedentes, enquanto que quando o direito vem previsto em um texto aberto, não o usa tanto. Isso vai totalmente de encontro ao que se imaginaria. Idealmente, quando não há parâmetros muito concretos, o que se espera é que o STF tenderia a fixar seus próprios *standards*, substituindo a falta de regras ou complementando o texto constitucional. Quando essas regras já existem não há tanta necessidade de se usar precedentes, sendo quase que desnecessária a referência a eles. O uso de precedentes, nesses termos, é completamente auxiliar na decisão, não sendo essencial para a fundamentação.

O terceiro grupo, da jurisprudência caótica, tem algumas características semelhantes ao primeiro, mas se distingue por não haver uma dispersão de citações de modo a criar núcleos separados de decisões. Em um grau diferente das conexões identificadas nos mapas do segundo grupo, elas existem mas não são tão coincidentes, fazendo com que o mapa se espalhe de modo a não ser possível identificar um pequeno número de decisões muito citadas.

As constatações feitas neste capítulo trazem informações relevantes sobre o comportamento decisório do Supremo, mas, ao mesmo tempo em que ampliam o conhecimento a respeito do tema, trazem consigo novas perguntas, ou questionamentos mais específicos sobre qual é o papel que os precedentes desempenham na argumentação do tribunal, qual é a função que o tribunal atribui ao precedente quando ele cumpre seu papel de corte constitucional. Essa análise será desenvolvida no próximo capítulo.

5. A aplicação de precedentes na argumentação do Supremo Tribunal Federal

O papel dos precedentes na argumentação das decisões do Supremo Tribunal Federal não pode ser avaliado unicamente por meio da sistematização das citações. Como foi visto no capítulo anterior, esse tipo de investigação pode revelar dados importantes sobre o uso dessa ferramenta pelo tribunal, deixando explícita, por exemplo, a frequência com que os precedentes são usados ou em quais tipos de casos a referência aos precedentes é mais usual. Esse tipo de análise permite, inclusive, que se identifique quais precedentes recebem mais citações, formando orientações fortes que se tornam parâmetros para a ação da comunidade jurídica. Esses dados foram tratados na tese, por meio da reconstrução das redes de precedentes formadas pelas decisões do tribunal. Ocorre, no entanto, que esses dados não são capazes de revelar o modo como o precedente está presente na argumentação dos ministros, já que a análise dos padrões de citação leva em conta unicamente a referência aos precedentes, deixando de lado a função que eles desempenham no conteúdo argumentativo das decisões pois unicamente constata a existência de precedentes nas decisões do STF não revelando o papel que essa ferramenta cumpre nas novas decisões tomadas pelos ministros.

A segunda parte da análise do precedente nas decisões do Supremo Tribunal Federal será feita com base nesses aspectos. Como já estabelecido em capítulo anterior, a abordagem proposta para esta análise refere-se à segunda etapa na operação com precedentes, ou seja, a construção das regras gerais feita a partir das soluções particulares presentes nas decisões precedentes citadas. Assim, tendo em vista que cada precedente representa o estabelecimento de uma solução particular, criada pelo tribunal para a resolução de um caso específico, a tarefa atribuída ao juiz no momento em que se encontra diante de um caso novo envolve a identificação dessas soluções particulares, e das condições argumentativas nas quais elas foram adotadas, para sua adaptação e aplicação ao caso novo. Essa tarefa exige do juiz não só a citação do caso precedente no qual as soluções passadas se encontram, mas também que ele deixe explícitos quais elementos envolvidos no caso precedente serão usados na nova situação. Ao determinar quais dos elementos presentes nos casos anteriores fundamentam a nova decisão, o juiz indica,

tacitamente, seu entendimento acerca do papel dos precedentes e qual é sua capacidade de orientar e determinar sua atuação.

Por conta disso, será com base na observação do modo como o precedente foi utilizado na argumentação dessas decisões que será possível compreender mais precisamente o papel que essa ferramenta desempenha na forma de decidir do tribunal. Entender o que são precedentes para o Supremo, assim, pode ser identificado a partir de qual é sua função na fundamentação das suas decisões. Para desenvolver essa análise, iniciarei voltando-me para o conteúdo das decisões presentes em alguns dos mapas do capítulo anterior. Neles, foram observados os recursos argumentativos utilizados pelos ministros quando o precedente é citado, considerando-se especialmente quais elementos dos precedentes foram usados a fim de solucionar o caso novo. Nesse sentido buscou-se compreender como se deu o trabalho interpretativo da corte. Com base nesses dados será possível dizer qual é o papel atribuído pelo Supremo ao precedente na argumentação dos novos casos. O que se busca, então, é a identificação de qual é o método utilizado pelo tribunal para a elaboração da regra geral e universalizável com base nos precedentes selecionados por ele.

5.1. A argumentação com precedentes

O tipo de análise aqui proposta, em que o foco se coloca na argumentação desenvolvida pelos juízes para a fundamentação das decisões, não é muito comum. Elaborar parâmetros de comparabilidade de fatores que compõem a fundamentação de decisões judiciais requer a sistematização de elementos presentes em textos de alta densidade argumentativa, esbarrando invariavelmente em obstáculos como a alta carga de subjetividade interpretativa. *Interpreting Precedents*²⁴¹, um estudo já clássico que compara o papel dos precedentes em diversos sistemas jurídicos, representa um passo importante na compreensão dos precedentes e no modo como seu papel pode ser apreendido nos diferentes sistemas jurídicos. A comparação desenvolvida nessa obra, entre o uso dos precedentes em sistemas jurídicos diferentes, cumpre um importante papel no que se refere à relativização da atribuição de características únicas ao uso do precedente, mesmo em

²⁴¹ Neil MacCormick e Robert Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, op.cit.

sistemas que se encontram dentro de uma mesma tradição jurídica, seja de *common law* ou de *civil law*. Nesse sentido, o estudo representa uma contribuição relevante na compreensão do papel dos precedentes como ferramenta decisória em diversos sistemas, levando à identificação de distintos modelos de utilização de precedentes. A comparação das formas de organização dos sistemas com relação ao precedente, entretanto, não constitui uma comparação minuciosa da forma como o precedente é interpretado e de como integra a argumentação dos juízes.

No caso de sistemas de *civil law* não é tanto por conta da dificuldade da elaboração de padrões de comparabilidade do papel dos precedentes na argumentação que estudos como este não são desenvolvidos, mas antes por conta da cristalização da ideia de que precedentes exercem uma função secundária na fundamentação das decisões, esvaziando a necessidade de uma análise mais aprofundada das funções dessa ferramenta e do modo como ela é usada nos tribunais. No entanto, construir uma ideia generalizada da forma de aplicação de precedentes por conta de sua função não primordial na fundamentação de decisões não descreve de maneira satisfatória a utilização dessa ferramenta que vem ganhando cada vez mais atenção. Assim, ao lado de uma análise dinâmica de precedentes, que se preocupa em identificar como se dá a construção das linhas jurisprudenciais de um tribunal, acompanhando as citações de precedentes, passo aqui a uma análise estática dessas decisões, observando no interior de cada uma delas o modo como o precedente foi interpretado e utilizado para a construção da solução do caso novo²⁴².

O uso de precedentes em tribunais nos sistemas em que as regras legisladas aparecem hegemonicamente como fonte formal do direito merece algumas considerações. Nesse sentido, são relevantes os comentários feitos por López Medina ao apresentar o uso de precedentes na fundamentação da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. Ao comparar o trabalho que um juiz tem ao aplicar regras legisladas, regras independentes de padrões argumentativos marcadas pela economia textual, com a aplicação de precedentes, regras que para serem reconhecidas e aplicadas dependem do

²⁴² As expressões análise dinâmica e análise estática dos precedentes judiciais são criadas por López Medina, em *El derecho de los jueces*, e representam os dois tipos de análise de precedentes desenvolvidos também nesta tese: a análise dinâmica se preocupa com a construção das linhas jurisprudenciais e sua reconstrução implica em reconhecer o modo como um tribunal atua no tempo. A análise estática, por sua vez, não leva em consideração as movimentações ou os caminhos construídos pelas linhas de precedentes. Olhando para cada caso isoladamente, busca entender o modo como o precedente é usado na fundamentação das decisões, sem levar em consideração a linha jurisprudencial que está sendo criada.

desenvolvimento de um raciocínio e que se encontram inseridas em meio a uma abundância textual, López Medina evidencia as dificuldades interpretativas do juiz ao construir a *ratio* que será aplicada ao caso novo. Isso porque

“no direito jurisprudencial, a decisão adotada depende de maneira fundamental de cadeias argumentativas que justificam detalhadamente a forma de resolver o problema jurídico, A regra controladora depende de argumentos mais ou menos detalhados que mostram a correção e conveniência da decisão. O direito jurisprudencial, então, caracteriza-se por sua densidade argumentativa. Daqui derivam diretamente certos níveis de abundância textual: a regra vem inserida, inclusive espalhada, em longos argumentos justificadores onde se busca não a pontualidade legislativa de uma ordem mas a justificabilidade concreta de uma decisão judicial.”²⁴³

Adotando, portanto, uma premissa de teoria interpretativa do uso de precedentes, López Medina aponta para a consequência de um uso modesto de técnicas interpretativas voltadas à leitura da jurisprudência, um material que ocupa “um lugar igualmente secundário no ensino nas regras vigentes de direito”. Mesmo em um contexto de baixo desenvolvimento de métodos interpretativos voltados à aplicação de precedentes, as pesquisas desenvolvidas pelo autor apontam para uma mudança no modo como os precedentes vem sendo utilizados pela Corte Constitucional Colombiana, apresentando uma transformação fundamental “que consiste em evitar a redução da criação do direito jurisprudencial ao modelo tradicional de regra legislada”²⁴⁴. Essa transformação deu-se, em primeiro lugar, por meio da reconstrução do texto jurisprudencial, substituindo o modelo tradicional de uso de precedentes, que se resume a recortar fatos e decisão final, utilizando unicamente este último como elemento capaz de influenciar o caso novo.

A abertura para o texto das decisões anteriores é o que marca a utilização de precedentes em uma teoria interpretativa e permite uma maior flexibilidade na adoção das regras presentes nas decisões anteriores. Diante da possibilidade de aumento da incerteza jurídica que a abertura para a utilização de textos de grande densidade argumentativa pode gerar, López Medina afirma que “[o] direito, enquanto regras legisladas ou regras jurisprudenciais, busca certamente a definição de normas de conduta mais ou menos claras

²⁴³ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, op.cit., p.195

²⁴⁴ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, op.cit., p.198

mas daí não se segue que a atividade jurídica seja a aplicação necessária, mecânica e inevitável de regras a novos casos”, colocando no pólo contrário de seu posicionamento as práticas de uso de precedentes que caracterizam aquilo que pode ser chamado de uma visão positivista de precedentes, no qual a aplicação de precedentes se dá em situações absolutamente, ou quase, idênticas, nas quais a exata solução do caso anterior acaba sendo inescapável para a resolução do caso novo.

Para poder confirmar o desenvolvimento da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, López Medina identificou alguns modelos de uso de precedentes na argumentação das decisões da Corte, estabelecendo quatro tipos de perfil de citação de precedentes: *analogia estrita*, *analogia permissiva*, *referência conceitual comum* e, finalmente, *autoridade meramente retórica*. O critério utilizado para a distinção entre essas figuras foi a aproximação realizada pelo juiz entre o caso que estava sendo julgado e o caso citado como precedente. Com isso, López Medina procurou estabelecer o tipo de aproximação que o tribunal faz ao relacionar casos novos a casos antigos, identificando os pontos de semelhança entre esses casos, apoiando-se na ideia de que uma aproximação que se dá com base nos fatos presentes nos casos representa um uso mais correto dos precedentes, enquanto que aproximações baseadas em outros elementos, como conceitos jurídicos comuns às questões em julgamento, não realizam de modo satisfatório a utilização de precedentes como fontes de influência para decisão.

Nos casos em que foi reconhecida uma *citação analógica*, seja ela estrita ou permissiva, a decisão de um caso novo utiliza a *ratio decidendi* ou sub-regra de um precedente como norma aplicável *prima facie*. O vínculo que une as duas sentenças - o precedente e o caso novo - se baseia na analogia fática existente entre os fatos do caso anterior e os fatos do caso novo. O autor se refere aos casos em que há *analogia estrita* como “sentenças de reiteração”, já que quando se encontra diante de um caso novo em que as situações fáticas são absolutamente iguais e em que a *ratio decidendi* presente no precedente é clara, o juiz se encontra estritamente vinculado ao que foi decidido anteriormente, a não ser que existam motivos suficientes e razoáveis para mudar a jurisprudência estabelecida.

Já nos casos de *analogia permissiva*, os fatos novos não são estritamente idênticos aos presentes no precedente. Nessas situações em que os fatos apenas se parecem, em um

sentido mais permissivo ou amplo, a nova decisão se apóia no precedente, mas inaugura uma linha jurisprudencial nova. O juiz, nesses casos, entende estar fortemente constrangido pelo que foi decidido no precedente, mas sua vinculação a ele é de grau menor. O que une esses dois tipos de utilização de precedentes são os elementos fáticos que aproximam os casos novos aos seus precedentes. Elas - *analogia estrita* e *analogia permissiva* - representam um uso técnico dessa ferramenta decisória, sendo, portanto, mais corretas e desejadas.

Contrapondo-se às *citações analógicas*, que López Medina afirma ser o modo tradicional pelo qual o precedente é usado na jurisprudência do direito anglosaxão, está o uso dos precedentes marcado por uma característica *conceitual*. Desta forma, a jurisprudência colombiana, assim como todos os sistemas cuja origem remonta ao direito europeu continental, foi tradicionalmente elaborada em torno de referências conceituais comuns, ao invés da aproximação fática entre casos observada nas citações analógicas. Nesse sentido, a pesquisa pelos precedentes que orientam a nova tomada de decisão dá-se em função dos conceitos jurídicos envolvidos e não em razão dos fatos semelhantes presentes nos casos aproximados. Quando a citação de precedentes se dá baseada na aproximação *conceitual* das questões jurídicas presentes nas decisões, não há necessidade que os fatos sejam semelhantes. Isso porque o que importa nesse tipo de citação é a utilização de um mesmo conceito ou ideia jurídica abstrata, como “igualdade”, “tratados internacionais”, “devido processo legal”, entre tantos outros. Nesse sentido, a utilização dos precedentes não exige nem a necessidade de uma referência aos fatos desses casos. Se o que os aproxima é a semelhança *conceitual*, os fatos que dão origem à controvérsia são colocados em segundo plano, sendo desnecessária sua avaliação.

Para López Medina os juízes só deveriam recorrer à utilização de citações conceituais quando não há casos faticamente análogos aos que ele deve decidir. Isso porque citações conceituais frequentemente não trazem sub-regras precisas, apenas delimitando o contexto conceitual em que um determinado problema se insere. Por conta dessa característica é que, segundo o autor, citações analógicas deveriam ser preferidas às conceituais, possuindo um peso maior para a solução de um caso do que as citações meramente conceituais, que acabam tendo uma força secundária na fundamentação de uma

decisão. Isso tornaria a jurisprudência baseada em elementos conceituais meramente indicativa e portanto não vinculante para novos casos.

Em último lugar, numa escala que vai da citação mais técnica de precedentes para uma menos técnica, estão as *citações meramente retóricas*, encontradas nas decisões em que há uma grande quantidade de referências a precedentes que não interferem diretamente na resolução final do caso e nos quais não existe uma relação nem conceitual e nem analógica entre o precedente e o caso novo. Esse é, para o autor, um uso ilegítimo de precedentes na fundamentação das decisões, pois não representa uma real fonte de autoridade na qual a nova decisão se apóia.

A forma utilizada por López Medina para classificar esses mecanismos interpretativos utilizados pelas cortes superiores colombianas baseia-se, portanto, na comparação entre o caso que citou os precedentes e o conteúdo destes, de modo a identificar quais são suas semelhanças e diferenças, fazendo com que se possa determinar quais elementos influenciaram os juízes em seu processo de tomada de decisão.

Ao buscar estabelecer quais são os perfis de utilização de precedentes no STF não me baseio nos tipos de aproximação entre os casos realizados pelo tribunal para a distinção desses perfis. Isso porque entendo não ser necessária a contraposição, realizada *a posteriori* por um leitor das decisões, entre os elementos presentes no caso julgado e nos precedentes citados, com a finalidade de apontar qual é a aproximação mais correta, como no caso nas analogias fáticas, ou menos correta, no caso das citações feitas com base em conceitos jurídicos ou meramente retóricas, da questão em julgamento e o precedente utilizado para fundamentação da decisão tomada.

Deste modo, minha preocupação na leitura das decisões do Supremo foi identificar quais elementos das decisões precedentes são usadas na fundamentação dos casos novos e de que modo eles foram utilizados. Mais do que avaliar se há de fato uma proximidade entre os casos em questão, e onde ela se encontra, o que procuro é identificar na argumentação dos ministros a forma como o precedente é trabalhado na decisão nova, forma esta que deixa evidente que tipo de concepção de precedentes a corte tem. O peso dos precedentes e a sua função na fundamentação dos casos foi avaliada, portanto, com base na estrutura das decisões analisadas e nos elementos dos precedentes que os ministros reconheceram como capazes de orientar ou determinar a solução a ser adotada no caso

novo. Ainda assim, a classificação criada por López Medina, descrita acima, pode auxiliar na elaboração de algumas conclusões acerca do modo como o STF utiliza precedentes e, portanto, será levada em consideração na análise realizada a seguir.

Para essa análise, portanto, não comparo o conteúdo do caso novo com o antigo, citado como precedente, já que não busco identificar qual é o tipo de relação que é feita entre os casos, mas antes a forma como os precedentes aparecem na argumentação dos ministros. O que interessa, assim, é saber quais elementos, aos olhos dos ministros, foram identificados como precedentes, fornecendo guias para ação.

5.2. Precedentes na argumentação do STF

Uma primeira leitura das decisões deixa evidente que são abundantes os casos, dentre aqueles presentes na jurisprudência selecionada para este estudo, em que o elemento do precedente dotado de capacidade para justificar novas decisões é o resultado do raciocínio desenvolvido nas decisões anteriores. O uso de precedentes nesses casos resume-se, assim, à reafirmação da regra estabelecida no passado, sem que qualquer tipo de generalização fosse necessária para adaptar o conteúdo dos precedentes aos casos novos, já que as situações em julgamento nos casos novos são muito semelhantes aos casos antigos. Um exemplo desse tipo de atuação está presente nas decisões selecionadas que tratam do direito à honra, cujo mapa já foi analisado no capítulo anterior.

No mapa são encontradas 72 citações de precedentes. Isso significa que ao decidir esses casos o tribunal apoiou-se 72 vezes em decisões anteriores para solucionar os casos novos. Essa noção quantitativa não revela, entretanto, qual é o tipo de referência realizada, e nem qual foi o papel dessas citações na argumentação da corte. A análise do conteúdo dessas decisões permite que esses elementos sejam revelados. Assim, foi possível constatar que do total de citações, 61 delas estão presentes na fundamentação por meio da referência exclusiva ao resultado estabelecido nas decisões anteriores. Dentre elas, 46 citações são feitas unicamente com base no número das decisões precedentes e em 15 delas houve também a transcrição da ementa²⁴⁵.

²⁴⁵ A ementa como um todo ou apenas trechos dela.

Uma diferenciação deve ser feita neste momento. Citar o número dos precedentes ou a ementa certamente não são tipos idênticos de referência aos casos anteriores pois se de um lado a referência ao número revela o apoio ao dispositivo retirado dos precedentes, a regra construída por eles, que representa o resultado de toda a argumentação realizada pelo tribunal em um caso anterior, a ementa representa não só esse dispositivo mas inclui também alguns fatores considerados relevantes para a tomada de decisão. Nesse sentido, a ementa funciona mais como um resumo do que foi tratado pelo tribunal, considerando aí não só a decisão final, mas elementos considerados relevantes. Daí a referência ao número da decisão ou à ementa não poderem ser considerados a mesma coisa.

Entretanto, o que torna possível a classificação desses tipos de citação de precedentes como uma única categoria não é o quanto de uma decisão foi incorporada na nova, mas sim qual foi o tratamento conferido a esses elementos na fundamentação dos casos novos. Determinar se o que é considerado precedente é somente a decisão final ou se na ideia de precedente também se incluem outros elementos é menos relevante do que perceber que o reconhecimento feito pelo Supremo de que esses precedentes são posicionamentos fortes do tribunal, tomados em circunstâncias anteriores, devem ser necessariamente seguidos sem que qualquer interpretação possa ser realizada. A referência exclusiva ao número dos precedentes e à solução encontrada neles marca, portanto, o modo como o Supremo Tribunal Federal entende que deve ser a influência dos precedentes nas novas decisões.

Os precedentes citados no HC 81264, presente no mapa anterior, podem ser aqui usados como um exemplo desse tipo de atuação. Nessa decisão, o STF se utiliza de dois precedentes para justificar o afastamento da ocorrência da perempção em ação penal em que se acusava a ocorrência de crimes de difamação e injúria. Esses precedentes são usados de modo a apresentar o posicionamento assentado sobre esse tema, já estabelecido na corte em diversos outros julgamentos. Assim, afirma o ministro Maurício Correa que

“Esta Corte, no julgamento do INQ 512-DF, Celso de Mello, RT 689, p.420, assentou que a perempção ‘só ocorre nos procedimentos instaurados pelo ajuizamento de ação penal privada’. Assim também decidiu no Agravo Regimental do Inquérito 920-DF, Celso de Mello, DJ de 03.08.1995. Limito-me a esses subsídios, que para mim são suficientes, para concluir que é evidente que não é o caso de perempção (...)”.

Resolvido assim o primeiro ponto do caso, o ministro passa ao segundo fundamento do pedido formulado, sobre a violação do artigo 520 do código de processo penal. Diz o ministro:

“Vejam-se o comparecimento à audiência de conciliação da parte que oferece a queixa afigura-se ato obrigatório, pressuposto para o ajuizamento da ação penal. A Primeira Turma, como tive ocasião de mencionar quando indeferi o pedido de liminar (fls.57/58), ao julgar o HC 71.219-PA, Sydney Sanches, RTJ 160/871, assentou que ‘Não é obrigatório o comparecimento do querelante à audiência de conciliação, de que trata o art. 520 do C.P.Penal’.”

O que o ministro faz nesse momento é justamente estabelecer a regra que vai servir de parâmetro para a decisão do caso novo. E esta regra é retirada do que foi decidido em um precedente, uma interpretação da regra presente no referido artigo do código de processo penal.

O que é feito em seguida na decisão do ministro é um raciocínio silogístico de verificação da possibilidade da regra anunciada ser aplicada ao novo caso.

“Ora, se a querelante manifestou-se em petição endereçada à juíza do processo, de forma clara e precisa, pedido dispensa da audiência preparatória, por não haver a menor possibilidade de reconciliação com o querelado, penso que seria inócua a determinação do seu comparecimento pela autoridade judiciária, por ser maior, capaz, advogada militante e encontrar-se assistida por patrono constituído”.

Com isso, elementos fáticos do caso em julgamento são avaliados e, em função de tratarem-se de casos “cuja questão de fundo é a mesma”, o precedente é aplicado sem ressalvas, ou qualquer outro fundamento, tal qual uma regra legislada.

Esse modelo de aplicação de precedentes se repete nas demais decisões deste mapa. Por serem usados, na maior parte das vezes, em situações fáticas extremamente semelhantes, os precedentes aparecem como fortemente vinculantes, sendo aplicados como regras legisladas existentes *a priori*. Mesmo se tratando de casos em que as questões a serem decididas não se enquadram nos requisitos de decisões monocráticas, o que essa forma de utilização de precedentes parece mostrar é uma forte aceitação daquilo que foi decidido anteriormente e que forma a jurisprudência da corte.

Os casos analisado aqui são um pouco mais complexos do que aqueles decididos por meio de decisões monocráticas, envolvendo muitas vezes mais de uma questão jurídica a ser decidida. Entretanto, essas questões são raramente novidade na jurisprudência do

tribunal, sendo resolvidas por conjuntos de precedentes que se referem às questões presentes nos casos. Assim, mesmo quando estão estabelecendo algumas premissas dos casos em julgamento - como questões processuais, matérias formais -, a aplicação de precedentes é feita com base exclusivamente no que ficou decidido neles, não havendo a necessidade de uma construção interpretativa de seus elementos argumentativos.

O voto do ministro Nelson Jobim em outra decisão presente no mesmo mapa, o RHC 77123, é um exemplo, ainda que extremo, do modo como o precedente foi usado na fundamentação dessas decisões. Nelas, determinações pontuais presentes em precedentes são utilizadas para justificar a adoção de posicionamentos também específicos, que foram objeto de decisão pela corte em circunstâncias idênticas. Transcrevo a seguir o trecho em que precedentes são usados para fundamentar sua decisão.

“1. Falta de justa causa. É matéria que demanda profunda análise da prova. Não é possível em *habeas*. O HC tem limitações. Precedentes: HC 76500, HC 68273 e HC 76441, VELLOSO e HC 73075 MAURÍCIO. 2. Prescrição. A prévia autorização do órgão legislativo é indispensável para a instauração da ação penal contra parlamentar. A solicitação dessa autorização é condição de procedibilidade (CF, art. 53, §2). O curso da prescrição suspende-se a partir da determinação de solicitação de licença. O feito fica sobrestado (INQ 542, NÉRI; INQ 457, PERTENCE).”

Deixando de lado a economia argumentativa, salienta-se que esse é o voto do ministro relator em uma decisão colegiada, não se tratando, portanto, de uma decisão monocrática. O trecho aqui exposto representa a parcela da decisão tomada em que há citação de precedentes. Ainda que o modo como os precedentes são citados varie conforme o ministro, a utilização deles com base unicamente no dispositivo decisório parece ser regra nos votos dos ministros e tem sempre em comum a característica da adoção do resultado das decisões como forma de justificar a nova decisão. Esse modo de adotar o conteúdo das decisões anteriores sem dúvida nenhuma fomenta a manutenção de coerência entre as decisões, já que o que se decide no presente é idêntico ao que foi decidido no passado, deixando claro que o posicionamento do tribunal nesses casos novos está em completo acordo com o que foi estabelecido anteriormente pela própria corte.

A referência ao dispositivo das decisões é o que marca a utilização de precedentes nos casos analisados. Esse tipo de referência caracteriza-se, nas decisões analisadas, pela reconstrução, por parte do ministro que faz a citação, da decisão tomada no caso anterior,

de modo que o que é incorporado na nova decisão é um resumo do que foi decidido no passado, determinando o que será decidido no caso atual. Alguns exemplos dos recursos argumentativos utilizados pelos ministros em casos presentes em outros mapas podem ilustrar essa prática. Ao afirmar que “A propósito, em situação análoga, o Tribunal entendeu relevantes os argumentos para suspensão de norma da mesma espécie. Eis o teor da ementa, verbis: (...)”²⁴⁶, citação de precedente feita na ADI 2656, uma das decisões referentes ao direito ao meio ambiente, a aproximação feita pelo Ministro Maurício Correa entre o caso em julgamento e o precedente ADI 750, fica restrita à categorização de “situação análoga”. Não são comparados os elementos dos casos, ou justificadas as analogias entre os casos em questão, não ficando claras quais são essas analogias e em que medida elas se comunicam. Pelo modo como o precedente é utilizado, fica expresso somente que a solução adotada na ADI 750 será adotada para a resolução do caso novo.

Esse recurso é muito frequente também nas decisões deste mapa. Em outras decisões o Ministro Sepúlveda Pertence cita precedentes da mesma maneira, como na decisão da ADI 1540 em que afirmou “anoto que recentemente decidimos nesse sentido na ADI 1035 (...)” e, na mesma decisão, “assim entendemos, ao conceder, em parte, a medida cautelar na ADIn 927 (...)”. A referência aos precedentes, nestes termos, aparece mais como um instrumento simbólico de reforço da correção da posição adotada do que propriamente a justificação de uma nova decisão com base naquilo que foi decidido anteriormente. A proximidade dos casos, ou em outras palavras, a analogia entre eles, fica presumida na citação aos precedentes, não sendo evidenciadas as razões para tal. A adoção da mesma solução aponta para uma proximidade grande entre os casos, e uma desnecessidade da elaboração de um raciocínio de adaptação de uma solução passada para a nova decisão. Ela é aplicável tal qual utilizada no passado, sugerindo que os precedentes citados são idênticos ao caso novo.

Foi possível observar que esse padrão de utilização dos precedentes na fundamentação das decisões repete-se na maior parte dos casos analisados. Nesse sentido, as referências feitas pelo STF às decisões precedentes são feitas de modo a tratar os precedentes como elementos consolidados, que constituem o resultado do raciocínio desenvolvido nessas decisões, e que justificam a reiteração do posicionamento adotado nos

²⁴⁶ Cf. Voto do Min. Maurício Correa, ADI 2656

casos novos. As expressões utilizadas pelos ministros para introduzir os precedentes na argumentação deixa clara essa tendência dos ministros a apresentarem a jurisprudência como algo dado, sem espaço para interpretação. Assim, termos como “esta corte assentou (...)”²⁴⁷, “Nesse mesmo sentido o assentado nas ADIMCs 1448 de que sou relator e 821, Gallotti”²⁴⁸, “é firme o entendimento desta corte (...)”²⁴⁹, “assim entendemos, ao conceder, em parte, a medida cautelar na ADIn 927...”²⁵⁰, “anoto que recentemente decidimos nesse sentido na ADI 1035 (...)”²⁵¹, “Nesse sentido é o entendimento do Tribunal manifestado na ADI 2157 (...)”²⁵², “Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes, entre outros: (...)”²⁵³, “O Tribunal, em sede de cautelar, examinou situação semelhante à presente quando do julgamento da ADI 2396 MC (...)”²⁵⁴, expressam essa tendência do tribunal em repetir aquilo que foi decidido anteriormente sem que qualquer alteração seja necessária para sua aplicação nos casos novos.

Se voltarmos à classificação elaborada por López Medina a respeito da utilização de precedentes, apresentada no início do presente capítulo, seria possível dizer que a forma como o precedente é citado nas decisões do STF se enquadra na categoria de *jurisprudência de reiteração*. Ainda que não tenha sido realizada a comparação entre os casos analisados e os fatos contidos nos precedentes citados, a construção dos argumentos que se utilizam e se baseiam nos precedentes é feita com apoio na premissa de que os casos tratam de elementos fáticos muito semelhantes, que justificam a aplicação integral da regra do caso antigo para as novas situações. Essa reiteração, que representa o grau mais técnico de utilização dos precedentes, caracteriza-se pela manutenção da coerência decisória da corte, já que não altera de nenhuma forma o que foi decidido no passado, fazendo com que o posicionamento adotado ganhe força e acabe desenvolvendo uma linha decisória consistente.

²⁴⁷ Cf. voto do Min. Eros Grau, ADI 2667 MC

²⁴⁸ Cf. voto do Min. Maurício Correa, ADI 821 MC

²⁴⁹ Cf. voto do Min. Eros Grau, ADI 2982

²⁵⁰ Cf. voto do Min. Sepúlveda Pertence, ADI 927 MC

²⁵¹ Cf. voto do Min. Sepúlveda Pertence, ADI 1035

²⁵² Cf. voto do Min. Mauricio Correa, ADI 2157 MC

²⁵³ Cf. voto do Min. Carlos Britto, RE 406787 AgR

²⁵⁴ Cf. voto do Min. Mauricio Correa, ADI 2396 MC

Esse tipo de construção da jurisprudência, que se baseia na grande semelhança entre os casos, permite não só o que o tribunal estabeleça posicionamentos claros, mas também simplifica seu processo de tomada de decisão. Ainda que aproximadamente 90% das decisões tomadas pelo tribunal se dê em sede de decisão monocrática, em parte por se referirem a temas objeto de jurisprudência consolidada, os demais casos decididos pelo STF representam, em muitas circunstâncias, questões jurídicas repetitivas, nas quais o recurso ao precedente aparece como o modo mais eficiente para solução dos casos. A reiteração dessas soluções consolida as linhas jurisprudenciais que tornam as decisões do tribunal mais previsíveis, colaborando para a manutenção de um cenário de segurança jurídica.

As decisões usadas como precedentes, tanto nos casos presentes no mapa referente ao direito à honra quando nos demais casos enquadrados anteriormente no grupo de *dispersão de citações*, permite ainda que se explique mais precisamente o formato das redes identificadas nesses mapas. Como foi observado no capítulo anterior, esse grupo caracteriza-se pela existência de *contextos decisórios* distintos, ou seja, foi possível perceber que cada decisão original dentro de um tema determinado cita precedentes que não se conectam com os precedentes das demais decisões, formando núcleos decisórios distintos. Assim, os núcleos separados indicados permitiram verificar que dentro de cada tema há subgrupos não comunicáveis de citações de precedentes.

Ao analisar mais detalhadamente a fundamentação dessas decisões, especificamente o papel que o precedente desempenhou na argumentação, e com a verificação de que cada precedente foi utilizado de modo a fornecer uma regra para a resolução de questões absolutamente idênticas àquelas encontradas nos precedentes citados, compreende-se o porquê da construção das redes com um formato como esse. Os *contextos decisórios* desconectados são resultado do alto grau de vinculação com que os precedentes são aplicados a casos novos, em função da grande semelhança dos casos novos com relação aos precedentes.

Em outras palavras, se a solução de questões específicas está presente em precedentes que trataram de questões idênticas, ganha-se em vinculabilidade aos precedentes, mas ao mesmo tempo perde-se na possibilidade de flexibilização destes. Os precedentes são usados para solucionar somente situações idênticas, sendo altamente

vinculantes nessas ocasiões. Porém quando essas situações, mesmo tratando de grandes temas comuns, sofrem algum tipo de alteração, os precedentes não são mais identificados como tal e perdem sua capacidade de orientar novas decisões, não sendo identificado como possível guia decisório. O que a prática de citação de precedentes nesses casos sugere é que quando o precedente não fornece uma regra específica aplicável diretamente ao caso novo, ele não é visto como um precedente e a jurisprudência perde sua função orientadora. Daí a formação de *contextos decisórios* separados. Cada precedente é muito próximo ao que está sendo decidido no caso atual, mas não pode figurar como precedente em situações menos semelhantes. Cada decisão original conta, assim, com seu grupo de precedentes, que não são cabíveis a situações não idênticas.

Em um tribunal que decide tanto quanto o STF essa noção de precedente e as consequências de sua adoção não pode ser criticável, ao menos nesses casos. Havendo na jurisprudência do tribunal precedentes com soluções específicas para situações idênticas presentes nos casos novos, não existem razões que justifiquem a escolha de precedentes que tratam o tema mais abstratamente. Na classificação feita por López Medina, esse tipo de utilização de precedentes, baseado em uma analogia estrita, apresenta um grau elevado de vinculação e permite a elaboração de linhas jurisprudenciais claras. Essa é uma utilização mais técnica de precedentes, já que resoluções criadas para casos anteriores são aplicadas em casos novos, mantendo uma coerência decisória forte do tribunal ao longo do tempo.

Se voltarmos à diferenciação entre as visões positivistas e interpretativas de precedente, podemos dizer que esse modo de aplicação de precedentes se aproxima de uma visão positivista, uma vez que nesses casos o elemento identificado como precedente, capaz de orientar a nova decisão, foi o fruto do raciocínio desenvolvido pelo juiz na decisão anterior. Quando se utiliza do dispositivo da sentença, ou da ementa destes casos, os ministros não interferem na construção da regra que regulará o caso novo. Esta é dada pelo caso anterior e é respeitada pelo tribunal como se tivesse sido criada por outra instância decisória.

Encarar o precedente como ferramenta de vinculação em casos idênticos não deve, assim, ser visto como um desvio do modo “tradicional” de trabalhar com precedentes, argumento recorrentemente observado quando comparações são feitas entre o uso de

precedentes no Brasil e em outras jurisdições - usualmente de sistemas de *common law*. Analogias estritas geram uma jurisprudência mais vinculante e representam uma forma mais técnica de uso dessa ferramenta. Esse modelo de aplicação do precedente diminui a margem de incoerência entre as decisões, já que é baixo o grau de interpretação despendido na aplicação dos precedentes, sendo alta a convergência das soluções presentes em uma pluralidade de casos.

Essa função atribuída ao precedente também explica o formato das redes que compõem o segundo grupo de mapas apresentado no capítulo anterior, nas quais redes mais densas representam o modo como as decisões referentes aos temas da inviolabilidade parlamentar, prisão do depositário infiel e da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos foi analisada. Nessas redes observou-se uma organização mais elaborada da jurisprudência, já que nas novas decisões houve nitidamente a preocupação de identificar o histórico de precedentes que levaram ao posicionamento adotado, fazendo com que cada decisão apresentasse no seu conteúdo o conjunto decisório da corte sobre o tema.

O tipo de tratamento dos precedentes nessas redes é diferenciado por conta da intensidade com que os precedentes foram citados e em função da grande conexão que existe entre eles. Argumentativamente, entretanto, os precedentes não receberam outra função, não foram usados para auxiliar a criação de uma nova regra. No caso da prisão do depositário infiel e no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos os casos citados refletiam o posicionamento anterior da corte que seria por fim superado por ela. Os precedentes foram usados justamente para marcar a posição anterior e para

finalmente justificar a alteração²⁵⁵. Essas citações e a leitura feita da jurisprudência não se voltam à reinterpretação dos termos dos precedentes. Estes são trazidos ao debate de modo a representar a decisão passada do tribunal, para que a reavaliação do posicionamento da corte não se desse como se o passado não existisse.

Esse comportamento de resgate do histórico decisório da corte é extremamente revelador do respeito que a corte tem com relação ao seu passado, e é feito por todos os ministros, mesmo por aqueles que no passado posicionavam-se contrariamente à solução adotada pela maioria da corte. Decidir contrariamente ao que uma jurisprudência consolidada na corte estabelecia sem fazer referência a ela significaria uma atitude pouco legítima do Supremo, já que marcaria a ampla discricionariedade com a qual o tribunal entende poder atuar.

O que difere essas redes, portanto, não é a função que o precedente desempenha na argumentação dos casos, mas outras razões determinadas por particularidades das questões jurídicas em discussão. Casos de superação de precedentes, como a encontrada nas discussões sobre o depositário infiel ou nos casos sobre de regulamentação da greve dos servidores públicos, apresentam grande referência a precedentes, em uma clara necessidade de justificar mais legitimamente a mudança de posicionamento da corte. No entanto esse apoio não representa uma mudança qualitativa na forma de argumentar com precedentes. Eles continuam sendo tratados como regras altamente vinculantes, usados em casos absolutamente idênticos. A argumentação despendida nos casos das redes mais densas não se refere à utilização do raciocínio desenvolvido nos precedentes, ou nos

²⁵⁵ Em cada um dos casos a alteração de jurisprudência se dá por uma razão diferente. No caso da prisão do depositário infiel os acórdãos decididos marcam uma alteração na compreensão do Supremo acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos após as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional 45, que incluiu a previsão, no § 3º do artigo 5º, que ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’. A questão discutida nos casos mencionados referia-se à posição dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda e, consequentemente, à possibilidade de prisão civil por dívidas, em decorrência da vedação presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. O posicionamento adotado tradicionalmente pelo STF foi alterado especialmente com base na mudança constitucional realizada pela Emenda. Com isso o tribunal passou a entender que os tratados sobre direitos humanos que já faziam parte do ordenamento receberiam um caráter de supra-legalidade. Houve, nesse sentido, uma alteração constitucional que justificou a mudança de opinião da corte, apontada por meio da citação dos precedentes, que foram utilizados de modo a demonstrar o posicionamento precedente. De maneira distinta deu-se a alteração jurisprudencial presente no MI 712, referente à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. O entendimento anterior do tribunal, que limitava sua atuação nos casos de mora inconstitucional do legislador a mera notificação do poder competente, foi alterado por conta da mudança da interpretação do tribunal a respeito dos próprios poderes em decisões de Mandado de Injunção, que deixa de ser meramente informativa para ser aditiva. Não há, neste caso, mudança constitucional ou legal que interfira na alteração da interpretação do Supremo.

valores garantidos por eles, à situações semelhantes. O que se discute nesses casos é a aplicação de um posicionamento fixado às mesmas circunstâncias para as quais foram elaboradas. O que se altera a nesses casos não é a interpretação da corte sobre o alcance do precedente, ou da regra estabelecida nele. A discussão trata da manutenção ou suspensão sua validade, diante das mudanças jurídicas e sociais ocorridas ao longo do tempo. O debate sobre a validade da regra criada jurisprudencialmente gera a necessidade de apoio nos precedentes e de resgate dos elementos que compõem essa jurisprudência, mas não se trata de uma reinterpretação, ou adaptação de elementos a novas situações. Trata-se somente da avaliação de sua manutenção.

Essa forma de aplicar precedentes, fortemente vinculada e pouco aberta a flexibilizações, valoriza o peso do acúmulo de posicionamentos idênticos e permite a elaboração de linhas claras que orientam a ação do judiciário e de todos os atores envolvidos em cada tipo de tema. Entretanto, ela não explora todas as possibilidades de orientação que o precedente tem para influenciar a decisão de novos casos. A ideia aqui defendida é que o apego a essa forma positivista de identificar o precedente acaba fazendo com que o tribunal descarte a possibilidade de recorrer ao uso de precedentes quando os casos a serem decididos não guardem essa proximidade fática tão grande. Uma das características distintivas no uso de precedentes para a justificação de novas decisões está justamente na capacidade de adaptação que a argumentação presente nos casos anteriores pode ter na regulação de casos novos não idênticos. Entretanto, ao usar precedentes de modo primordialmente vinculante o STF acaba limitando a aplicação do direito jurisprudencial, utilizando-o como ferramenta quase-legislativa e restringindo suas possibilidades de uso.

Pode-se dizer então que o precedente, numa visão interpretativa, demanda outras formas de interpretação, ainda não exploradas pelo STF no seu modo recorrente de solucionar casos. Ainda que não possa ser apontado como causa desse fenômeno, é possível dizer que o trabalho com precedentes desenvolvido pelo Supremo em sua *função de filtro* acaba influenciando o modo como ele o utiliza quando desempenha sua tarefa de tribunal constitucional. Isso porque uma das consequências de reconhecer como precedente somente aquilo que já foi decidido em casos idênticos é deixar de reconhecer a existência de precedentes quando deve decidir casos de difícil solução, já que nesses casos as

disposições estabelecidas nos precedentes não representam uma forma imediata para sua resolução.

A análise da fundamentação das decisões, identificando nela a forma como o precedente foi utilizado para a solução dos casos novos, permitiu perceber que o modo mais comum de se referir aos precedentes é fazendo uso unicamente da numeração das decisões e, em segundo lugar, por meio da transcrição da ementa dos casos. Nas circunstâncias mais frequentes o que é usado é algum dos comandos presentes na ementa, ainda que ela como um todo não seja transcrita no texto do voto dos ministros. Essas características denotam uma forma de usar o precedente que não se preocupa - na maior parte das vezes - em traduzir ou interpretar o que foi decidido no caso anterior. O que se percebe é um uso limitado do que está à disposição dos ministros, em termos argumentativos. Eles se limitam a usar o precedente dentro dos limites da solução posta para o caso concreto, não explorando de modo interpretativo as possíveis alternativas que um texto pode oferecer.

A visão que se observa na maior parte dos casos é a de um baixo grau de interferência dos ministros naquilo que foi decidido anteriormente, como se o precedente não fosse, ou devesse ser, um material aberto à diferentes interpretações. Isso fica claro também por conta da baixa disputa pelo significados do que foi estabelecido nos precedentes. Foram raros os casos em que o mesmo precedente foi utilizado por ministros que defendiam posições contrárias, o que deixa mais nítido o posicionamento dos ministros diante dos precedentes: eles são elementos dados, e não “construíveis” ou “manipuláveis”. Eles apresentam um só elemento que pode ser usado como influência para novos casos: o dispositivo decisório. Dessa forma, são poucas as ocasiões em que argumentos ou premissas são trabalhados ou analisados minuciosamente. Não há um esforço no convencimento de que um precedente disse o que disse porque o que usualmente se utiliza é uma transcrição da ementa ou da solução final. E isso dificilmente está em disputa após a finalização de um caso²⁵⁶. O que está em aberto são muitas vezes os conceitos utilizados,

²⁵⁶ Talvez seja por isso que há hoje a defesa da vinculação aos motivos determinantes das decisões do STF, mas isso só limita a atividade interpretativa do juiz. Ele passa a observar mais os fundamentos mas fica vinculado ao que foi estabelecido como fundamento do precedente. Além dessa característica, vale a pena questionar também como essa vinculação se daria na prática, já que mesmo que os fundamentos determinantes de um voto pudessem ser identificados, muito dificilmente uma decisão com diversos votos apresenta fundamentos determinantes.

as premissas adotadas, a concatenação dos argumentos. Mas isso é pouco usado no momento em que os precedentes são usados nos votos.

O uso do precedente como meio de coerência está condicionado a uma real aplicação de seu conteúdo como argumento de autoridade capaz de dar maior peso à rede argumentativa desenvolvida pelo julgador. O precedente, se usado de forma meramente ornamental, presente somente de modo formal no argumento da fundamentação, não tem a capacidade de atribuir um maior peso valorativo a essa argumentação. Alguns dos autores já mencionados tratam desse papel atribuído aos precedentes. É dessa forma que Moral Soriano reafirma a possibilidade de se controlar a racionalidade da argumentação por meio do precedente, por tratar-se de uma ferramenta que envolve a concretização dos princípios da universalizabilidade e da inércia, usados por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica²⁵⁷. Assim, o precedente pode ser tratado como um dos elementos concretos que permitem a análise e o controle do "grau de coerência" de uma corte.

Pode-se questionar, assim, qual é a ideia que o tribunal faz de precedentes e qual é a capacidade das decisões anteriores em influenciar as novas decisões. Segundo López Medina e Gordillo,

“Nesse sentido há que se recordar, uma e outra vez, que a *ratio decidendi* é, não tanto a afirmação individual de uma sentença, senão o sentido normativo básico e global da mesma. A confusão de uma e outra coisa se presta, com frequência, para o abuso hermenêutico por parte dos argumentadores jurídicos. (...) Uma razão de peso teórico é que o direito jurisprudencial se caracteriza porque nele não existe método aceito para se colocar em uma fórmula legal precisa a regra de direito e depende de maneira fundamental de cadeias argumentativas que justificam detalhadamente a forma de resolver o problema jurídico”²⁵⁸.

²⁵⁷ Leonor Moral Soriano, “The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems”, op.cit., p.97

²⁵⁸ Diego López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, op.cit. p.44 (tradução livre)

5.3. A objetivação da regra dos precedentes: a elaboração das súmulas

Nos tópicos anteriores foram identificados dois aspectos referentes ao uso do precedente pelo Supremo: num primeiro momento, as relações existentes entre as decisões do STF, procurando identificar e avaliar padrões de citação com base em mapas criados a partir da verificação das citações existentes no fundamento das decisões selecionadas, e em seguida a análise do método de aplicação de precedentes em algumas situações selecionadas, por meio de estudos de caso, procurando reconhecer na argumentação do STF a forma pela qual ele constrói a regra a ser aplicada ao caso novo a partir do que foi estabelecido no precedente. Ao identificar o modo como o precedente é usado na fundamentação desses casos foi possível perceber quais elementos das decisões anteriores aos quais o tribunal atribui autoridade, levando, assim, a uma compreensão mais detalhada de que tipo de papel é conferido ao precedente pelo Supremo.

A análise desses casos permitiu que se verificasse o peso que os casos anteriores do tribunal tiveram em decisões posteriores relativas aos mesmos temas, deixando claro o alto grau de deferência que o STF parece ter em relação às suas decisões precedentes na resolução de casos novos, quando as circunstâncias fáticas dos casos são idênticas. Foi possível também nesse momento perceber como se dá a criação da regra geral a partir da avaliação das regras particulares encontradas nos precedentes citados, ficando evidente o quanto o STF se vincula às decisões passadas nos exatos termos nos quais elas foram proferidas. A aplicação de precedentes a casos idênticos não demanda uma tarefa interpretativa muito profunda por parte do tribunal, sendo usada como uma ferramenta que fomenta a eficiência decisória do tribunal, já que soluções anteriores são aplicadas indistintamente a novos casos, diminuindo a carga argumentativa exigida para a solução de novos casos.

A fim de verificar se essa característica na utilização de precedentes não se encontra unicamente na decisão dos casos inseridos no perfil selecionado para esta pesquisa, buscou-se identificar em outro grupo de decisões a existência de um padrão metodológico de identificação de precedentes e construção da orientação que servirá de regra para casos futuros. Para essa investigação entendeu-se relevante buscar no processo de elaboração das súmulas vinculantes respostas a esses questionamentos.

A escolha por uma análise das súmulas vinculantes deu-se por duas razões principais. Em primeiro lugar, um estudo sobre precedentes no STF hoje não poderia deixar de lado a análise do uso dos novos mecanismos de uniformização da jurisprudência, incluídos por meio da Emenda Constitucional 45/2004. Ao prever novas formas de tratar a própria jurisprudência, essas reformas inserem novos questionamentos a respeito do tratamento que as decisões passadas terão em momentos de decisões de casos semelhantes. Em segundo lugar, a escolha em especial da súmula vinculante se dá por conta do fato de que esse é o mecanismo trazido pela EC 45/2004 que lida diretamente com elementos relacionados ao precedente.

O questionamento que pauta este tópico tem por finalidade compreender que tipo de aproximação pode ser feita entre os novos mecanismos de uniformização de jurisprudência, sempre caracterizados como ferramentas relacionadas à lógica do precedente, e as modalidades de uso do precedente que foram observadas nos tópicos anteriores. Para isso, esse questionamento será refinado primeiramente com a identificação das etapas que estão envolvidas na inclusão das súmulas vinculantes no ordenamento e posteriormente com a verificação do modo como elas foram elaboradas até o presente momento, a fim de identificar como o STF constrói as regras gerais a partir da regra particular utilizada para solucionar a questão presente nos casos precedentes.

Para compreender como a súmula vinculante introduziu no STF debates e questões relacionadas ao gerenciamento dos precedentes, será avaliado o modo como elas vem sendo criadas pelo STF, desde a introdução desse mecanismo no sistema jurídico brasileiro, por meio da EC45/2004. Isso porque a inclusão de temas e problemas tradicionalmente relacionados à aplicação de precedentes aparecem como uma nova oportunidade de se pensar seu papel e seu impacto nas futuras decisões da corte e das demais instâncias do judiciário, elementos necessariamente tratados quando da inclusão desse mecanismo no ordenamento. Uma vez que a criação de enunciados de súmulas vinculantes depende da existência de precedentes decididos pelo STF, o trabalho da corte nesses momentos é de extremo interesse para a presente tese.

5.3.1. Súmulas e precedentes: uma mesma aplicação?

Antes de iniciar a análise das súmulas vinculantes no sistema brasileiro, uma importante distinção conceitual tem de ser feita entre súmulas vinculantes e precedentes. O conceito de precedente adotado pela presente tese já foi determinado previamente²⁵⁹. Segundo essa conceituação, considera-se precedente toda decisão judicial anterior capaz de orientar decisões judiciais futuras. Isso significa que são considerados precedentes as decisões judiciais únicas, nas quais a solução de uma questão jurídica é dada por meio de um dispositivo acompanhado por sua fundamentação. A súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição Federal²⁶⁰, claramente não se enquadra nesse conceito, mesmo tendo a súmula uma relação intrínseca com a jurisprudência de um tribunal. Em poucas palavras, a súmula é construída necessariamente a partir de precedentes, mas ela não é, por si só, um precedente.

Essa distinção não é feita por todos os autores. O que se observa frequentemente é a ausência de uma diferenciação precisa entre essas duas figuras. Ainda que não sejam tratados como verdadeiros sinônimos, as súmulas vinculantes são comumente chamadas como “precedentes judiciais obrigatórios”²⁶¹, “precedentes vinculativos”²⁶² ou “precedente com eficácia normativa”²⁶³, expressões que acabam por gerar conclusões inclusive quanto ao que sua previsão na EC 45 representa em termos de proximidade entre *common law* e

²⁵⁹ Vide capítulo 1, *supra*.

²⁶⁰ Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

²⁶¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, op.cit. p.352

²⁶² Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Reformas e Poder Judiciário”, in *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n.6, 1999, p.83

²⁶³ Patrícia P. C. Mello, *Precedentes*, op.cit., p.104

*civil law*²⁶⁴. Normalmente essa aproximação é feita por conta do entendimento de que a súmula vinculante aparece para suprir o espaço decorrente da falta da identificação de uma *ratio decidendi* nos precedentes.

Porém a *ratio decidendi* de um precedente não pode ser igualada ao dispositivo de uma súmula. Essa diferenciação é feita por Oscar Vilhena Vieira que, após definir a súmula como um dispositivo extremamente sucinto que deve vincular a conduta dos magistrados, afirma que “o que está em questão [nas súmulas vinculantes] não é o julgado, como um todo, em que se tem uma longa argumentação que deve redundar em uma decisão”²⁶⁵.

Nesse sentido, a súmula vinculante representa tão somente um processo de concentração absoluto,

“concentração essa que não se dará em torno de uma decisão judicial, mas de um dispositivo normativo sintético de um tribunal. Caso a vinculação fosse em relação a uma decisão como um todo, restaria um largo espaço argumentativo para que as partes, juízes e tribunais inferiores discutissem sobre a necessidade de submissão de um caso específico sob sua jurisdição a um precedente vinculante. Esse espaço fica extremamente reduzido quando temos uma súmula dotada de grau de generalidade semelhante a uma lei.”²⁶⁶

Também de acordo com esse entendimento, Rodolfo Mancuso afirma que, diferente da aplicação de precedentes, “[é] preciso ter presente que a súmula, quando potencializada com a nota de obrigatoriedade, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal (...)”²⁶⁷.

É inegável, no entanto, a relação existente entre a súmula e a jurisprudência do tribunal. A aproximação entre súmula e precedente pode ser entendida se a utilização da súmula for dividida em duas fases, uma de elaboração e a outra de aplicação. E é a fase de elaboração das súmulas que envolve uma etapa de identificação e manipulação de

²⁶⁴ Como faz Rodolfo Mancuso, ao dizer que “a filiação jurídica do Brasil tornou-se híbrida ou eclética, a meio caminho entre a *common law* (o *binding precedent*, sistema do *stare decisis*) e a *civil law* (direitos codificados), ou seja, a fonte de direitos e obrigações entre nós deixou de ser apenas a norma, para também incluir a súmula vinculante. Rodolfo Mancuso, “Questões Controvertidas sobre a Súmula Vinculante”, in Medina, José Miguel Garcia et al. (coord), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.1192. Defendo na presente tese a desvinculação entre a dicotomia *civil* e *common law* com as características de vinculação ao precedente. Sobre esse tema vide capítulo 2 acima.

²⁶⁵ Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. op.cit., p.224

²⁶⁶ Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. op.cit., p.224

²⁶⁷ Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e sumula vinculante*, op.cit.,p.295

precedentes. Nesta fase é que se constrói uma regra geral com base em regras particulares, provenientes dos casos decididos no passado, realizando-se, em tese, o mesmo caminho metodológico que o juiz segue ao extrair de um caso precedente a regra que orienta sua decisão em um caso novo. A diferença está em que, no caso da súmula vinculante, após a elaboração dessa regra ela se destaca dos casos que lhe deram origem e seu enunciado passa a ser de aplicação obrigatória - quando se atribui às súmulas o efeito vinculante - iniciando-se então a fase de aplicação da súmula. Esta fase não tem relação nenhuma com a manipulação de precedentes, exigindo que o tribunal comporte-se como se tivesse aplicando qualquer regra estabelecida pelo legislador. No momento em que aplica uma súmula vinculante o juiz não está diante de uma decisão judicial anterior, de um texto carregado de uma alta carga argumentativa. Ele se encontra diante de um texto sintetizado e simplesmente aplica a regra já estabelecida, o que limita sua atividade interpretativa e criativa²⁶⁸.

A importância de se acompanhar o uso das súmulas vinculantes no STF com vistas a compreender o modo como o tribunal relaciona-se com seus precedentes deve-se à primeira fase, o processo de elaboração das súmulas. Nela é que a atuação da corte não se difere, em tese, do tipo de tratamento que o tribunal confere aos precedentes na resolução de qualquer caso que tenha que solucionar. Por essa razão a etapa de elaboração das súmulas vinculantes foi entendida como um momento privilegiado para a verificação do tipo de manipulação é feito com precedentes, por ser destacado da sua atividade corriqueira de julgamento²⁶⁹. Por estas razões, entendeu-se que o processo de elaboração das súmulas poderia ser o local em que o precedente recebe um tratamento diferenciado.

Além dessa diferenciação é importante lembrar que a criação dessa nova figura no ordenamento jurídico brasileiro introduz uma série de elementos antes pouco tratados

²⁶⁸ Limitações que, na visão defendida por esta tese, não torna ilegítima a súmula vinculante. Para o entendimento contrário, de afirma a ilegitimidade dessas limitações, ver, por exemplo, Sérgio Sérulo da Cunha, “A arcaica súmula vinculante”, in Bottini, Pierpaolo e Renault, Sérgio (coords), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.29-52.

²⁶⁹ Há uma diferenciação pequena que deve ser apontada entre a etapa de elaboração da súmula vinculante e a aplicação de precedentes a um caso concreto, que é, na aplicação de precedentes, a interpretação do juiz em busca da solução para um caso concreto. Nesse sentido, os elementos fáticos presentes no caso novo orientam a leitura e interpretação sobre quais partes do precedente devem orientá-lo como regras. Na elaboração da súmula a leitura e interpretação dos precedentes não é orientada pela solução de um caso particular, mas por inúmeras situações possíveis. Daí ser afirmado que a atitude no tribunal, nesse sentido, iguala-se à do legislador.

sobre a instituição e consolidação de um sistema de precedentes no Brasil. A ideia de utilização de uma decisão judicial como fonte de norma aparecia na cultura jurídica, até o momento, como elemento subsidiário na solução de conflitos. A inclusão da súmula vinculante na Constituição abre espaço, por exemplo, para a utilização de expressões que até então eram atribuídas a outros sistemas jurídicos como “seguir o precedente” ou *leading case*. Este último é inclusive o termo utilizado pelo STF para denominar o caso paradigma dentro de um determinado tema, no qual o tribunal deve decidir pela existência ou não de repercussão geral, outro mecanismo introduzido pela EC 45/2004. Em outras situações, como na criação das súmula vinculante, intensos debates são travados entre os ministros sobre a adequação do enunciado que pretendem criar com relação aos precedentes já decididos no passado pela corte, forçando-os a refletir sobre o papel do precedente para o tribunal.

5.3.2. A organização do STF em virtude da elaboração das súmulas vinculantes

As súmulas vinculantes foram incluídas na Constituição pela EC 45/2004 mas sua regulamentação só se deu com a lei ordinária 11.417/2006. A emenda constitucional que fez a reforma do judiciário foi discutida por anos, a partir da apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n.96/92. No âmbito da reforma, a inclusão da súmula vinculante do STF significou a inclusão de mais um mecanismo de uniformização de jurisprudência, a ser utilizado pelo tribunal nos casos em que existir decisões recorrentes sobre um determinado tema. Os requisitos para a elaboração de súmula vinculante pelo STF estão presentes no texto constitucional (art.103-A), e condicionam a sua elaboração à existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional em que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Os posicionamentos mais comuns, encontrados ainda na época das discussões sobre a introdução das súmulas vinculantes na Constituição, agregavam-se em torno de dois grupos de argumentos básicos²⁷⁰. De um lado, os defensores da súmula vinculante utilizam-se do argumento da celeridade, já que diminuir o número de processos no

²⁷⁰ Cf. Leonel Cesarino Pessoa, *Súmula Vinculante e Segurança jurídica*, São Paulo: LTr, 2008, p.12

judiciário significa diminuir o tempo dos processos existentes, e do maior grau de segurança jurídica, em função da súmula vinculante contribuir em termos de uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais. Do lado oposto, aqueles que se posicionam contrariamente ao mecanismo, apóiam-se no desequilíbrio entre poderes que a súmula vinculante acarreta, já que ao legislar sem ser representante do povo o judiciário se sobreporia ao Poder Legislativo, no engessamento do Direito, por fixar entendimentos que podem ficar defasados com o tempo, e no desrespeito à autoridade do juiz. Ainda assim, em meio a intensos debates políticos e acadêmicos, a súmula vinculante foi incorporada ao ordenamento em 2004.

Há no processo de elaboração das súmulas, um raciocínio típico de utilização de precedentes para solução de casos novos, ainda que estes últimos não sejam concretamente determinados. Isso quer dizer que a elaboração do enunciado da súmula, que pode ser vista como uma *ratio* que deverá ser obrigatoriamente seguida, não tem em vista a resolução de um caso em particular mas sim a regulação de uma situação também generalizada e abstrata, aproximando-se do trabalho desempenhado pelo legislador na elaboração de regras. Essa proximidade com a tarefa legislativa é apontada por Rodolfo Mancuso ao dizer que

“na formação da norma [legislativa], suas fontes substanciais, ou seus insumos, são os fatos socialmente relevantes, de natureza econômica, política, cultural, enquanto que na formação da súmula, seus ingredientes são os interativos e consonantes julgados sobre uma dada matéria. Na aplicação aos casos concretos, porém, observa-se uma aproximação entre norma e súmula, nisso que operam por um processo lógico-dedutivo, que desce do geral (o enunciado normativo ou sumulado para o particular), resolvendo a espécie. Nos dois casos o resultado deve ser um só: o tratamento isonômico devido aos destinatários, a saber, respectivamente, o jurisdicionado e o cidadão.”²⁷¹

Para compreender, então, como se dá o processo de elaboração das súmulas vinculantes, consolidou-se, em primeiro lugar, a identificação das súmulas elaboradas até setembro de 2011 e, posteriormente, voltou-se para a análise detalhada do seu processo de elaboração. Levou-se em consideração o procedimento utilizado para a deliberação da Corte e a prévia existência de súmula não vinculante sobre o mesmo tema. Foi ainda organizada a relação dos precedentes indicados pelo STF como decisões que deram origem

²⁷¹ Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit. p.292

ao enunciado aprovado, inclusive comparando essa informação com eventuais precedentes mencionados nos debates de elaboração das súmulas, bem como os tipos de ações indicadas como precedentes. Finalmente verificou-se a aprovação unânime ou por maioria do enunciado da súmula, destacando principalmente as opiniões contrárias à elaboração das súmulas com base na não proximidade com o que havia sido decidido nos precedentes. Além dessas informações, foi também alvo de atenção o modo como os ministros construíram a regra que deu origem ao enunciado da súmula, a partir dos precedentes indicados, destacando o modo como o tribunal identificou o conflito presente nos precedentes apontados, o tipo de consideração feita com base nos elementos fáticos presentes nesses precedentes e a forma que a generalização das regras particulares se deu a fim de criar a regra que acaba por se tornar o enunciado da súmula.

Pode-se dizer que na criação das 31 primeiras súmulas vinculantes foram utilizados dois procedimentos diferentes. As primeiras, até a súmula vinculante n.13, foram elaboradas a partir da decisão de casos específicos, sendo a criação da súmula suscitada por um dos ministros sem que um procedimento diferenciado fosse seguido. A partir do fim de 2008, após a edição da Resolução 388/2008 regulamentou-se internamente o procedimento para deliberação das súmulas vinculantes propostas, não sendo mais possível - como ocorrido com algumas ocasiões - a edição da súmula imediatamente após a decisão de um caso, incluindo no procedimento um prazo para manifestação de interessados e outro para a manifestação da Comissão de Jurisprudência. A PSV, proposta de súmula vinculante, passou neste momento a ser utilizada tanto por interessados na elaboração das súmulas quanto pelo próprio STF²⁷².

Até a edição desta Resolução não era claro qual seria o papel atribuído à Comissão de Jurisprudência - órgão interno ao STF - com relação à elaboração do enunciado da súmula. Pode-se perceber que inicialmente não foi constante o envio das propostas de súmula vinculante à Comissão²⁷³, nas ocasiões em que a proposta foi feita *ex-officio* pelo tribunal. Fica claro em algumas manifestações dos ministros durante os debates de criação

²⁷² O que se viu até o momento foi que apenas uma delas, a súmula vinculante n.14, foi criada a partir de provocação externa. Todas as outras foram elaboradas por iniciativa do próprio tribunal.

²⁷³ Apesar das constantes manifestações do Ministro Marco Aurélio, feita em todos os procedimentos de criação de súmula vinculante em que esteve presente, no sentido da necessidade de envio da proposta de súmula para avaliação da referida Comissão.

das súmulas, que a tarefa atribuída à Comissão é meramente formal, de modo a indicar aos ministros a existência, ou não, de reiteradas decisões sobre o tema sem, por exemplo, apresentar sugestões de redação do texto da súmula²⁷⁴, ou diferenças entre casos que integram a lista de precedentes, como é o caso da súmula vinculante n.21, que tratou do uso de algemas e será tratado a seguir. A Comissão de Jurisprudência parece, nesse sentido, desempenhar uma função meramente formal, não interferindo na sugestão dos textos das súmulas, ou seja, na elaboração da regra que dará caráter vinculante ao que foi decidido pelo STF em situações passadas²⁷⁵. Nos debates para elaboração da súmula 14, a primeira súmula aprovada após a Resolução 388/2008, a Ministra Ellen Gracie se manifesta sobre a tarefa da Comissão de Jurisprudência, estabelecendo que a tarefa de elaboração do texto que virá a ser súmula cabe unicamente aos ministros reunidos em Plenário e com aprovação de dois terços deste²⁷⁶.

Percebe-se então que após as especificações do procedimento por meio da Resolução 388/2008 a forma pela qual as súmulas vinculantes seriam criadas ficou estabelecida. A partir daí percebe-se uma maior regularidade no procedimento seguido, evitando-se assim a criação das súmulas em virtude de decisões importantes mas que não representavam uma multiplicidade de julgamentos passados, como foram os casos das súmulas n. 11 e 13, que

²⁷⁴ Essa possibilidade, de apresentação de sugestões de texto de súmula, é defendida pela Ministra Ellen Gracie na AI 698626, mas é vista como não legítima por alguns ministros, como é o caso do Ministro Lewandowski.

²⁷⁵ As competências da Comissão de Jurisprudência estão presentes no Regimento Interno do STF, art.192: I - selecionar os acórdãos que devam publicar-se em seu inteiro teor na Revista Trimestral de Jurisprudência, preferindo os indicados pelos Relatores; II - promover a divulgação, em sumário, das decisões não publicadas na íntegra, bem como a edição de um boletim interno, para conhecimento, antes da publicação dos acórdãos, das questões jurídicas decididas pelas Turmas e pelo Plenário; III - providenciar a publicação abreviada ou por extenso, das decisões sobre matéria constitucional, em volumes seriados; IV - velar pela expansão, atualização e publicação da Súmula; V - superintender: a) os serviços de sistematização e divulgação da jurisprudência do Tribunal; b) a edição da Revista Trimestral de Jurisprudência e outras publicações, bem como de índices que facilitem a pesquisa de julgados ou processos. VI - emitir pronunciamento sobre pedido de inscrição como repertório autorizado. Além disso, o Regimento Interno é inconclusivo sobre seu papel na elaboração das súmulas vinculantes, não fazendo qualquer especificação com relação a sua competência no caso do processo de elaboração de súmula vinculante (art.354 do RISTF).

²⁷⁶ Afirma a Ministra Ellen Gracie: “Depois, também gostaria de esclarecer (...) que sou Presidente da Comissão de Jurisprudência, a qual, na forma regimental, se oferece a proposta de enunciado de súmula, para efeito de uma primeira manifestação. Para que não pareça, aí, uma incoerência de minha parte nem dos demais integrantes da Comissão, desejo afirmar que a nossa manifestação, Ministro Carlos Britto, se dá apenas com relação regularidade do iter processual, até porque não seria viável que os três membros da Comissão adiantassem voto relativamente a outras questões, inclusive esta de conveniência e oportunidade”. Debates para elaboração da súmula vinculante n.14, p. 33

tratam, respectivamente, do uso de algemas²⁷⁷ e do nepotismo²⁷⁸. Nesses casos, que ficaram muito conhecidos entre outras razões por conta das críticas ao tribunal quanto a sua interferência na competência dos demais Poderes, as súmulas foram elaboradas com base em poucas decisões e em cujo conteúdo não foi possível identificar situações fáticas muito relacionadas umas com as outras. Na súmula vinculante n.13, por exemplo, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública, seu texto não decorre das decisões reiteradas apresentadas, apesar do requisito constitucional para sua criação. Dentre os cinco precedentes indicados para a elaboração dessa súmula, estão as ADC 12 e a medida cautelar da mesma ação, a ADC-MC 12, indicando que talvez não existam na jurisprudência do tribunal “reiteradas decisões” relativas ao tema.

5.3.3. A identificação dos precedentes e a construção da regra geral na elaboração das súmulas vinculantes

A análise conjunta das decisões que deram origem aos enunciados das súmulas vinculantes permite a levantar algumas considerações a respeito do modo como elas vem sendo tratadas. Um primeiro ponto a ser destacado na análise das súmulas vinculantes e seu processo de criação refere-se à dificuldade de se identificar, nos processos que deram origem às súmulas existentes, se estamos diante de situações em que os precedentes geraram súmulas ou se são precedentes que justificam a criação delas. Isso porque foi possível, a partir da leitura dos debates em que se deu a elaboração das súmulas, verificar que há ocasiões em que os precedentes são indicados ou mencionados nos debates e há outras em que esses precedentes aparecem simplesmente como indicação feita pelo STF após a aprovação do seu texto. Isso pode indicar a existência de dois tipos de precedentes nesses casos, de um lado os precedentes que geram as súmulas, ou seja, decisões que por

²⁷⁷ Súmula vinculante n.11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

²⁷⁸ Súmula vinculante n.13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

serem reiteradas, ou por serem importantes, geraram a necessidade de sumular seu dispositivo, tornando-o obrigatório, e de outro, os precedentes que foram apresentados posteriormente a fim de justificar a criação de uma súmula.

Essa diferenciação entre os precedentes que gerariam as súmulas e os precedentes que justificariam a sua edição foi possível após a percepção de que grande parte das súmulas editadas até este momento têm, na sua lista de precedentes, decisões indicadas que não foram debatidas pelos ministros no momento de criação de seus enunciados²⁷⁹. Isso por si só não retira a legitimidade da elaboração desses enunciados pois o que se verifica nesses casos é a transformação dos posicionamentos do STF em matérias já fixadas pelo tribunal em diversas decisões nos textos das súmulas. O que essa prática pode indicar, no entanto, é que esses precedentes são usados para justificar a criação desses enunciados, antes do que indicar a forma como o enunciado foi elaborado²⁸⁰.

O que esse modelo de criação de súmulas faz é retirar do seu processo de elaboração grande parte da suposta inovação que a súmula vinculante trouxe ao sistema jurídico brasileiro em termos de tratamento de precedentes. Isso porque mesmo tendo sido incluídas na Constituição Federal em 2004, por meio de Emenda Constitucional, as súmulas vinculantes configuram uma inovação unicamente com relação ao efeito vinculante associado a elas, já que a súmula não representa uma figura nova no ordenamento brasileiro. Desde 1963, com a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante, o Supremo já elabora súmulas que sintetizam o seu entendimento com base em decisões em temas recorrentes. Introduzidas a partir dos esforços do então Ministro Vitor Nunes Leal²⁸¹, a súmula veio atender a necessidade, existente já naquela época, de dar fim a grande quantidade de processos repetitivos que chegavam ao tribunal²⁸². A súmula foi criada para incorporar teses jurídicas que representassem o pensamento

²⁷⁹ É o caso das súmulas vinculantes de números 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27

²⁸⁰ A indicação dos precedentes aparece inclusive como um modo de melhor interpretar o conteúdo do enunciado. “É evidente que esse enunciado poderá ser melhor compreendido à luz das referências da súmula, isto é, dos julgados que forneceram a base para a decisão sumulada”, dizem Gilmar Mendes e Samantha Pflug, em *Passado e Futuro da Súmula Vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*, in Bottini, Pierpaolo e Renault, Sérgio (coords) *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.365.

²⁸¹ Vitor Nunes Leal, “Passado e futuro da súmula do STF”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 619-97; Silva, Evandro Lins e. “Crime de hermenêutica e súmula vinculante”. *Revista Jurídica Consulex*, v. 1, n. 5, p. 43 – 45, maio 1997.

²⁸² Evandro Lins e Silva, “Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante”, op.cit.

dominante no Supremo Tribunal Federal, apenas aprovadas com a concordância da maioria simples de seus ministros. Os enunciados da súmula sintetizam a decisão do STF encontrada em múltiplos casos semelhantes, servindo como orientação às partes e aos demais julgadores. Entre 1963 e 1984 foram editadas 621 verbetes da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF. Depois de um intervalo de quase 20 anos, em 2003 o tribunal atualizou as disposições existentes, e editou outras 99²⁸³. Após essa data não foram feitas mais alterações à súmula, podendo-se prever a completa inutilização da ferramenta depois da criação da súmula vinculante.

Mesmo tratando-se de um instrumento já existente na realidade do tribunal, o atributo de vinculação agregado pela Emenda Constitucional fez com que o grau de interferência do STF nas decisões se tornasse ainda maior. Em virtude dessa alteração, poderia se esperar que a criação das novas súmulas fosse diferenciado, por contarem agora com o efeito vinculante. No entanto, o que se percebe é a manutenção do procedimento utilizado pelo tribunal, não havendo qualquer alteração substantiva no tratamento dos precedentes. A diferença observada está no efeito vinculante da súmula, que passa de “indiretamente obrigatória” para obrigatória²⁸⁴, ampliando as possibilidades de vinculação à jurisprudência da corte²⁸⁵.

Pode-se dizer, assim que a prática de elaboração da súmula vinculante está muito mais relacionada a atribuição de efeito vinculante à jurisprudência consolidada do tribunal,

²⁸³ Sérgio Sérulo da Cunha observa que dentre as 621 disposições da súmula, 79 foram editadas com base em apenas um precedente e 74 com base em apenas dois precedentes. Sérgio Sérulo da Cunha “A arcaica súmula vinculante”, op.cit., p.38

²⁸⁴ A característica de “indiretamente obrigatória” da Súmula do STF é expressão usada por Vitor Nunes Leal para explicar o perfil que teria o novo instrumento criado em 1963. Vitor Nunes Leal, “Passado e futuro da súmula do STF”, op.cit. Essa característica é observada por Rodolfo Mancuso, ao dizer que, “Na prática, as súmulas, mesmo as não vinculantes, já funcionavam como orientação obrigatória”, pois ainda que tendo sua aplicação negada pelas instâncias inferiores, o recurso ao STF garantia sua aplicação definitiva. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op.cit., p.288.

²⁸⁵ É o que já afirmam Gilmar Mendes e Samantha Pflug: “Quando se diz que um recurso pode ser provido ou desprovido monocraticamente, com base na jurisprudência dominante, revela-se a ideia de decisão com efeito vinculante. Todavia, não há negar que a súmula cria maior clareza e segurança em torno do tema.” “Passado e futuro da Súmula Vinculante: Considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004”, op.cit., p.330.

a fim de conferir eficiência ao processo decisório das cortes²⁸⁶, do que à aproximação a uma lógica de precedentes diferente do que aquela já identificada na aplicação de precedentes com base na resolução de questões pontuais já apontada quando foi feita a análise da jurisprudência da corte nos casos selecionados.

Assim, verifica-se que a criação das súmulas somente após a o reconhecimento da repercussão geral, que acontece em 19 das 31 súmulas existentes, não só determina a diminuição da quantidade de decisões que chegarão ao STF por conta do novo filtro incluído pela repercussão geral, mas faz com que o conteúdo dessas decisões seja de aplicação obrigatória. Com isso vê-se que há uma grande relação entre a repercussão geral e as súmulas vinculantes. Sumular o tema de repercussão geral funciona como garantia de que mesmo aquilo que não chegue no STF não seja decidido de outra forma.

A utilização combinada dos dois mecanismos da repercussão geral e das súmulas vinculantes valoriza ainda mais a jurisprudência do STF, a partir do momento em que determina o que será decidido por ele e vincula as demais instâncias ao conteúdo do tema.²⁸⁷ Na maioria dos casos em que há a coincidência entre repercussão geral e sumula vinculante, a proposta de criação da súmula ocorreu imediatamente após o reconhecimento da repercussão geral.

A eficácia vinculante das súmulas não é a mesma conferida aos efeitos da repercussão geral, mas ambos promoveram a valorização do precedente judicial no Brasil. Enquanto que nas súmulas a ideia é extrair dos próprios precedentes do STF uma regra comum, uma *ratio* que servirá como norma geral e abstrata para a decisão de outros casos futuros, a repercussão geral envolve a utilização de uma decisão particular que repercutirá na resolução de conflitos em outras instâncias. Entretanto, há que se observar que a decisão

²⁸⁶ Nesse sentido são alguns comentários dos comentários feitos em debates para elaboração da súmula vinculante n.14. “Matérias tributárias, matérias referentes à Previdência Social que abarrotam nossos fóruns deveriam ser as matérias prioritárias para a pacificação por meio da edição de súmulas”, afirma a Ministra Ellen Gracie. Diz ainda a ministra que o poder dado pelo legislador ao STF “não deve, de forma nenhuma, a Corte eventualmente permitir que ele seja manipulado para finalidades que não sejam as de estrita administração judiciária”. No mesmo caso o Ministro Menezes Direito dirá que é caso de Súmula Vinculante porque o STF tem que fazer com que esses grandes temas relativos ao direito de defesa sejam assegurados até mesmo por súmula vinculante, porque esses são os temas (...) que dizem mais respeito ao papel emergente da Suprema Corte como último estágio na garantia das liberdades fundamentais”.

²⁸⁷ A decisão de mérito sobre matéria reconhecida como dotada de repercussão geral, em princípio, deverá ser aplicada aos recursos sobrestados, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Entretanto, a decisão pode ser, eventualmente, mantida pelo tribunal *a quo*. Neste sentido, a edição de súmula vinculante pode ser um indicio de que o STF percebe a não adesão dos tribunais à decisão tomada na repercussão geral, ou seja, é uma resposta do tribunal ante o desrespeito à matéria dotada de repercussão geral decidida.

de mérito proferida para questão dotada de repercussão geral não possui efeito vinculante, como possui o enunciado de súmula vinculante.

A elaboração das súmulas vinculantes tem sido a confirmação de uma *ratio* já repetida na jurisprudência consolidada, ou seja, não há um procedimento muito detido para sua elaboração, com identificação de precedentes, *ratios*, fatos relevantes. A prática de elaboração das súmulas vinculantes já existe no Brasil desde 1963, e ela não se altera por conta da atribuição do efeito vinculante. Essa só se refere ao momento de aplicação da súmula, fase que não tem muita relevância para o presente estudo, mas que gera muitas controvérsias²⁸⁸.

Apesar dessas possibilidades de investigação da relação do tribunal com seus próprios precedentes, o modo como as súmulas vinculantes estão sendo criadas pelo STF não se diferencia dos modelos já identificados propostos pela presente tese, não sendo identificado, nesse mecanismo de uniformização de jurisprudência, um tratamento qualitativamente diferenciado dos precedentes. Assim, entendo que a figura da súmula vinculante pode até fomentar a introdução de elementos e discussões relacionados aos precedentes, como a necessidade de identificação da *ratio decidendi* das decisões passadas para sua normatização, mas a lógica observada nas súmulas criadas até agora repete de modo idêntico o que já existe nos mecanismos de aplicação de jurisprudência dominante, ou até mesmo das súmulas não vinculantes, existentes no ordenamento desde 1963. O instrumento incluído pela EC 45/2004 é novo em função do efeito vinculante, mas as práticas do tribunal em termos de uso de precedentes continuam as mesmas.

A súmula vinculante é mecanismo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, que atende a necessidade de diminuir a carga de trabalho da Corte. Como afirma Oscar Vilhena Vieira, a súmula vinculante representa o final de um processo de alteração da competência do Tribunal: “Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar

²⁸⁸ Mesmo após o seu estabelecimento no texto constitucional, a súmula ainda é vista por alguns autores como algo que “afronta os princípios da legalidade, do acesso à prestação jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa”. Sérgio Sêrvulo da Cunha, “A arcaica súmula vinculante”, op. cit., p.51

sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões”²⁸⁹. Ainda sobre a Emenda Constitucional 45/2004, diz o autor que

“A inclusão da arguição de repercussão geral, pela qual o Supremo poderá de *iure*, e não apenas *de facto*, exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos, e da súmula vinculante, que reforça a sua autoridade, permitindo a imposição *erga omnes* de suas decisões, foi uma reação à enorme fragmentação de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Essas ferramentas, por sua vez, concentraram ainda mais poderes nas mãos do Supremo, como já foi possível verificar pela edição de súmula vinculante regulamentando emprego das algemas, a partir de uma pequena série de casos individuais, entre os quais a exposição pública de banqueiros e políticos algemados antes do julgamento.”²⁹⁰

O que se constata, assim, é que a súmula vinculante não segue nenhum dos modelos de identificação e elaboração da regra do precedente. Ela faz parte da criação de filtros que diminuem a competência do tribunal, assim como a utilização da jurisprudência dominante. Ela permite que o tribunal crie, em um ato único, o que ele demoraria para criar com a jurisprudência consolidada. O trabalho feito para a criação da súmula é o mesmo feito para a consolidação da jurisprudência. A diferença é que na jurisprudência consolidada não há como usá-la como fundamentação sem uma quantidade considerável de decisões. No caso da súmula vinculante, apesar de exigência constitucional de reiteradas decisões sobre a matéria, o STF cria enunciados a partir de um número menor de decisões.

5.4. Precedentes na argumentação: validade ou flexibilidade

Averiguar qual é o papel do precedente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passa pela investigação de sua função na argumentação dos ministros. Somente por meio dessa análise é que se torna possível compreender qual é a finalidade atribuída a essa ferramenta pelo tribunal e, conseqüentemente, qual é a sua importância no sistema jurídico

²⁸⁹ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, in Revista Direito GV, São Paulo, 4 (2), jul/dez 2008, p. 441-64, p. 445. Dessa mesma forma, a súmula vinculante foi vista como o ápice da concentração do poder de uniformizar as decisões judiciais por Rodolfo Mancuso: “Por fim, atinge-se o máximo de eficiência do direito pretoriano, que ocorre quando à súmula - *tout court*, apenas persuasiva - se agrega o predicativo vinculante, porque a partir daí ela passa a se impor a todos os órgãos judiciais e administrativos”, Rodolfo Mancuso, “Questões controvertidas sobre a súmula vinculante”, op.cit., p.1189

²⁹⁰ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, op.cit, p.450

brasileiro. Se precedentes são usados com frequência, somente a análise minuciosa da sua utilização pode apresentar respostas mais satisfatórias para os questionamentos feitos a respeito de seu papel como ferramenta decisória.

A análise realizada neste capítulo teve como objetivo fornecer respostas para esses questionamentos. Assim, ao se realizar a identificação dos precedentes na argumentação dos ministros foi possível perceber que a maior parte das citações é feita com a finalidade de enunciar a solução adotada no passado para questões faticamente idênticas às que estão sendo decididas novamente no presente. Isso faz com que o precedente seja igualado à resposta construída no caso antigo e não o conjunto de argumentos usados para sustentá-la. Esse tipo de utilização de precedente, restrito às situações em que os fatos são absolutamente idênticos, acaba por aumentar o grau de vinculação ao que foi decidido anteriormente, fazendo com que ele seja visto como uma regra colocada por um ator externo, não cabendo qualquer tipo de interferência do intérprete no momento de aplicação. Nesse sentido, pode-se dizer que o modo de aplicação de precedentes é feito com base na lógica de sua validade, só havendo discussões sobre sua aplicabilidade no caso novo, com aproximações fáticas, ou quanto à manutenção da sua validade no sistema, na superação dos precedentes.

Essas constatações levaram à busca de outros casos de utilização de precedentes pela corte, a fim de se realizar um contraste com esse tipo de aproximação a uma visão positivista de precedentes e sua função na argumentação. Assim, a manipulação de precedentes nos processos de elaboração das súmulas vinculantes foi alvo de pesquisa, por representar um momento destacado nas atividades do tribunal em que ele necessariamente encara a jurisprudência por ele criada para estabelecer dispositivos que orientarão a atuação do Poder Judiciário como um todo. A verificação desses procedimentos, no entanto, revelou a repetição de práticas já observadas, especificamente nas quais o precedente é usado unicamente como o resultado de uma avaliação realizada anteriormente só cabendo ao tribunal, no julgamento de novos casos, repetir esse posicionamento estabelecido. Não há, assim, uma alteração qualitativa do modo como o precedente é usado, já que o enunciado das súmulas não passa da reiteração da jurisprudência consolidada.

Observar conjuntamente todas essas formas de utilização de precedentes pelo Supremo afasta definitivamente a possibilidade de se afirmar que precedentes cumprem uma função menor na jurisprudência da corte. Se levarmos em consideração a divisão feita por López Medina, podemos dizer que a analogia estrita é o modo de utilização de precedentes que mais se observou na aplicação de precedentes, afastando argumentos como os que afirmam ser o juiz brasileiro completamente obtuso na aplicação de precedentes²⁹¹. Afirmações como estas desconsideram o uso mais recorrente de precedentes no Supremo Tribunal Federal²⁹².

Diante desse cenário é importante voltar aqui à diferenciação das duas funções atribuídas ao STF, já descritas no capítulo 3. Se de um lado temos um tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional, que se utiliza da reiteração de soluções específicas encontradas nos precedentes para conseguir gerenciar o número irrazoável de processos que acessam a corte anualmente, de outro temos um tribunal que cumpre uma função de determinação do conteúdo das normas constitucionais, responsável pelo desenvolvimento do direito e pela construção do sentido dos princípios constitucionais. O que se constatou, entretanto, é que se dentro das funções de uma corte recursal a forma de usar o precedente de acordo com uma lógica positivista cumpre satisfatoriamente a função de massa do STF, foi possível perceber, assim, que mesmo na

²⁹¹ Como, por exemplo, percebe-se na seguinte proposição, “Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”, Luiz Guilherme Marinoni, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, op.cit., p.21

²⁹² Há de se fazer uma ressalva, de que o estudo aqui realizado tem por base unicamente o uso de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que as conclusões e comentários só possam se referir a esse tribunal. Generalizações sobre o perfil da corte, estendendo-as ao comportamento decisório do judiciário como um todo, são absolutamente inadequadas. A função de tribunal recursal do STF e sua necessidade de otimização dos processos decisórios da instituição aparecem como um grande fator de incentivo para a aplicação coerente e vinculada de precedentes, como foi possível observar até o presente momento. O mesmo, entretanto, não pode ser dito das demais instâncias do judiciário. “É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.” Marinoni, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, op.cit., p.36. No entanto, acredito que a caracterização exclusivamente positivista dos precedentes, como resultado de um raciocínio que não inclui o raciocínio em si, parece ser adequada para explicar a visão do precedente na cultura jurídica brasileira como um todo.

parcela de decisões colegiadas do tribunal, onde ele exerceria uma função não recursal, e que portanto não se esperaria o uso do precedente como filtro, os temas decididos pela corte continuam repetitivos permitindo que os precedentes sejam usados de modo a refletir uma visão positivista de precedentes. Dessa maneira, pode-se dizer que o STF no momento em que aplica os precedentes, mesmo nos casos decididos de forma colegiada, via de regra não interfere na criação do direito, simplesmente repetindo um posicionamento anterior, estabelecido nos precedentes, configurando o que se classificou como uma “jurisprudência de reiteração”. Ainda que servindo a uma finalidade relevante para o bom funcionamento da corte, resta saber o que é que o STF faz quando se depara com problemas jurídicos para os quais ele ainda não tem jurisprudência consolidada.

Essa é a atividade sensível da corte, para a qual o precedente poderia funcionar não só como meio de resolução de casos, em um movimento de olhar para trás, mas também como ferramenta de construção do direito, consolidando o tribunal como agente chave no desenvolvimento do direito. É sobre essa função que o próximo capítulo tratará.

6. O uso de precedentes na consolidação de um tribunal constitucional

Não será por meio da inclusão de mecanismos de uniformização de jurisprudência, como é o caso da súmula vinculante, que se verificará uma diferença qualitativa no modo com que o STF utiliza seus precedentes. A análise do conteúdo de algumas decisões, por meio da leitura da fundamentação apresentadas pelos ministros, permitiu que se constatasse que mesmo nos casos em que há identificação de precedentes, não se percebe, no momento de tomada de decisão, a construção da regra que irá regular o caso novo, sugerindo que os ministros do STF tendem a colocar nas mãos daqueles que decidiram o precedente a responsabilidade de determinar o modo como algumas questões serão reguladas, minimizando a sua interferência no desenvolvimento argumentativo da jurisprudência da corte, que se forma basicamente em torno da reiteração dos posicionamentos adotados no passado.

Após essa constatação, levantou-se a hipótese de que no processo de elaboração dos enunciados das súmulas vinculantes seria possível encontrar essa atuação mais construtiva do tribunal com relação às orientações jurisprudenciais, já que a elaboração das súmulas vinculantes pode ser vista como um momento destacado da atuação corriqueira da corte em que precedentes são interpretados de modo a construírem uma regra geral de aplicação obrigatória. A busca da construção dessas regras gerais não permitiu, entretanto, que se reconhecesse qualquer tratamento voltado à utilização de precedentes diferente do que já se observa nas decisões como um todo, especialmente porque na experiência vista até neste momento as súmulas vinculantes representam tão somente a cristalização da jurisprudência dominante, tornando-a absolutamente obrigatória, instrumento este voltado à solução dos processos de massa, já previsto no ordenamento e amplamente utilizado pela corte.

Diante desse cenário, em que não se observa um uso da decisão precedente em sua integralidade, mas apenas com base no seu dispositivo, algumas considerações podem ser feitas a fim de se refletir sobre a possibilidade e a conveniência de se falar em outras funções dos precedentes com base no atual modo de atuar do tribunal. Apoiando-me nas premissas apresentadas no início desta tese, segundo as quais o uso consciente de precedentes garante uma maior efetivação de princípios e valores presentes em nossa tradição jurídica, pode-se defender ou até mesmo exigir que outras formas de tratar essa

ferramenta sejam incorporadas à prática decisória do tribunal, e com isso buscar um aprimoramento do conteúdo da jurisprudência.

No entanto, essa exigência não pode ser feita sem que algumas ponderações sejam realizadas. Assim, essa reflexão deve primeiramente considerar se é possível repensar algumas práticas jurídicas do sistema brasileiro, especialmente no que se refere a atuação do Supremo Tribunal Federal, para incluir nelas uma atenção maior ao precedente judicial. O questionamento central do presente capítulo será voltado a refletir se tratar de precedentes no ordenamento brasileiro, e quem sabe até exigir seu uso mais consistente, não passaria de mais uma importação de um elemento característico de outros sistemas jurídicos, não compatível com a tradição jurídica brasileira²⁹³.

A comparação dos diferentes tipos de decisão do STF feita nos capítulos anteriores e o modo como precedentes estão presentes na jurisprudência da corte desafiam as funções que foram atribuídas às decisões de um tribunal constitucional. Pelo que se apresentou até o momento, é impossível negar a presença de precedentes na argumentação do Supremo e de sua utilização como mecanismo de uniformização de jurisprudência, assim como a inclusão recente de práticas que introduzem elementos até então inexistentes em nosso sistema, tais como súmula vinculante e a identificação de *leading cases* para orientação na identificação da repercussão geral. É possível afirmar, dessa maneira, que o uso do precedente pelo tribunal possui um caráter mais relacionado à maximização da eficiência decisória e tem como consequência a valorização da vinculação às decisões anteriores. Essa prática gera uma jurisprudência com alto grau de coerência, na qual linhas claras são construídas e facilmente identificadas.

Porém, ao mesmo tempo em que é possível constatar o surgimento dessas práticas, muito pouco do que foi percebido da jurisprudência do tribunal parece corroborar a tese de

²⁹³ Importação no sentido que Diego López Medina trata em sua Teoria Impura do Direito. Tradicionalmente o direito Latino-Americano caracterizou-se pela importação de elementos e mecanismos estrangeiros, que indiscriminadamente foram absorvidos pelos sistemas jurídicos de modo a-crítico e nem sempre acompanhado pelas mesmas condições jurídicas e sociais nas quais os mesmos elementos e mecanismos foram criados. Essa dinâmica de envio de elementos provenientes dos sítios de produção para os sítios de importação se mantém ao longo do tempo e impede que os locais de importação criem soluções práticas para problemas locais, inexistentes nos locais de produção. A questão aqui seria, nos termos utilizados por López Medina, entender se adotar doutrinas de precedentes faz parte dessa importação não só de elementos estranhos ao sistema mas, principalmente, de elementos que não são compatíveis com as condições aqui encontradas. No entanto esse questionamento não será feito de modo a dialogar diretamente com a obra de Lopez Medina, dadas os diferentes objetivos de cada trabalho. Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, 2004.

que há uma mudança no modo como a jurisprudência é tratada em nosso sistema jurídico. A valorização do precedente parece dar-se unicamente em termos de incremento da sua capacidade de funcionar como ferramenta de solução de decisões de massa, servindo como meio de uniformização da jurisprudência, pouco se aproximando de uma visão de jurisprudência como algo que se encontra em constante processo de elaboração e de interpretação, situação que colocaria nas mãos do STF uma importante parcela do processo de desenvolvimento do direito.

Tendo em vista o modo como as decisões são tomadas e como o STF desenvolve sua jurisprudência, pode-se dizer que a construção do direito feita pelo Supremo por meio de decisões sugere ser mais pontual e menos próxima de um processo em constante desenvolvimento, já que o que se estabelece em um dado momento passa a ser repetido sucessivamente sem alterações.

Com essas afirmações não quero dizer que estabelecer regras que devem ser repetidas sempre que as mesmas condições fáticas se apresentem não seja uma relevante tarefa atribuída ao tribunal, já que faz a atuação do judiciário mais controlada, coerente e também mais eficiente. Mas essas constatações podem levar a um questionamento sobre o tipo de função que o Supremo exerce no cenário jurídico. A reiteração de linhas jurisprudenciais, voltadas principalmente para a uniformização das decisões e com isso para o fortalecimento da previsibilidade e segurança jurídica, acaba por fazer do STF mais um tribunal superior do que verdadeiramente um tribunal constitucional. Diante dessa constatação é possível questionar, então, se existe no Supremo uma outra função que se espera ser desempenhada pelo tribunal, na qual ele é responsável pelo desenvolvimento do direito, construindo linhas decisórias que não são estáticas e que se incrementam com novos argumentos e elementos ao longo do tempo. Entende-se, assim, que esta outra função não pode ser afastada das tarefas de um tribunal constitucional, devendo estar presente como núcleo de sua atuação²⁹⁴.

²⁹⁴ Com isso deve ficar claro que o que se critica não é a existência desse tipo de finalidade para o uso do precedente, mais voltada à reiteração de padrões decisórios, mas antes a inexistência de funções paralelas atribuídas ao precedente. “Sem estabilidade as decisões da Corte parecem *ad hoc* e imprevisíveis - parecem não fazer parte de um sistema”, afirma Stephen Breyer juiz da Suprema Corte norte-americana, indicando para a necessidade de estabilidade nos entendimentos da corte, que também se solidificam com a reiteração de posicionamentos. *America's Supreme Court - Making Democracy Work*, Oxford University Press, 2010, p. 149 (tradução livre).

A partir destas colocações, a questão que se propõe analisar no presente capítulo é se há, em paralelo ao desenvolvimento da jurisprudência consolidada do tribunal, a construção de interpretações voltadas ao desenvolvimento do direito, a partir da adoção de uma visão mais interpretativa de precedentes pelo STF, na qual cada decisão funciona como um ponto de partida para o desenvolvimento de novos refinamentos e novas perspectivas de compreensão dos direitos em debate, sem descaracterizar o modo de funcionar de um sistema jurídico consolidado e que não tem na aplicação de precedentes o modo básico e tradicional de criação do direito. Em outras palavras, busca-se questionar se há espaço no STF unicamente para uma jurisprudência de reiteração ou se há possibilidade de exigir a atribuição de um outro papel aos precedentes do tribunal.

6.1. O uso de precedentes para a consolidação dos direitos

O uso de precedentes como ferramenta de uniformização da jurisprudência, garante não só o tratamento igualitário de casos idênticos mas também permite que o tribunal gerencie o grande volume de casos que acessam a corte. Ao aplicar aos casos novos as mesmas resoluções presentes na jurisprudência da corte, o Supremo acaba fazendo com que os precedentes adquiram um importante papel para seu funcionamento, limitando a quantidade de processos que receberão atenção mais detida dos ministros nos órgãos colegiados. Sem o apoio na jurisprudência dominante, o Supremo seria obrigado a despender mais tempo na solução de uma infinidade de casos pouco relevantes, dificultando ainda mais o bom tratamento a casos que apresentam um maior grau de complexidade.

Foi possível perceber nos capítulos anteriores, entretanto, que esse papel que é atribuído ao precedente, extremamente satisfatório para a solução do problema de inchaço do volume de processos, acaba se replicando quando os ministros resolvem os demais casos. Mesmo quando se encontra diante de decisões colegiadas, nas quais se esperaria um tratamento mais detido das questões envolvidas, utilizando precedentes como elemento argumentativo e não unicamente como uma solução passada à qual se sente vinculado, o Supremo continua tendo uma visão formalista e restritiva de precedentes. Seja na jurisprudência das turmas, seja nos casos decididos pelo pleno do tribunal, o que se

observa é o uso do precedente nos mesmos moldes daquilo que se encontra na solução dos casos mais simples.

Esse padrão que foi identificado se caracteriza pelo uso do precedente baseado especialmente em dois elementos: o reconhecimento da existência de precedentes aptos a serem aplicados unicamente quando a questão em discussão nos casos novos é extremamente semelhante às circunstâncias presentes nos casos passados e, em segundo lugar, em decorrência dessa semelhança, um comportamento decisório praticamente vinculado ao que foi decidido no passado.

Não é levado em consideração, assim, o raciocínio desenvolvido na fundamentação dos precedentes e nem são admitidas generalizações a partir do que foi decidido anteriormente. O apoio nos precedentes limita-se, na grande maioria das vezes, unicamente ao que foi apresentado como decisão final, no dispositivo dos casos precedentes. Dentro da diferenciação feita no início da tese, esse modo de tratar precedentes aproxima-se de uma visão positivista de precedente, que atribui autoridade e vinculabilidade ao precedente unicamente no que se refere ao fruto do raciocínio desenvolvido pelo julgador, e não ao raciocínio em si mesmo.

O resultado da atribuição desse papel menos interpretativo aos precedentes na resolução dos casos difíceis é a relativização do seu potencial como fonte de orientações para situações não reguladas, ou onde apenas princípios ou regras pouco concretas servem como guia para a atuação do tribunal. Isso porque o apego à visão positivista de precedente faz com que, com exceção àquelas situações em que existe uma determinação contundente na solução de um caso anterior idêntico, o precedente não representa um elemento que tem a capacidade de funcionar como guia para situações novas. Em outras palavras, a visão positivista leva ao entendimento segundo o qual o precedente, quando não vinculante, não exerce qualquer tipo de influência para o caso novo, sendo completamente inútil para casos que tenham um menor grau de semelhança.

Isso explica por que na maioria dos mapas criados com decisões de casos referentes aos mesmos temas cada decisão original acabou criando seu próprio contexto decisório com relação a precedentes. Cada uma das questões presentes nos casos originais teve sua solução apoiada em precedentes que continham exatamente mesma questão sendo discutida. Precedentes não são usados para solucionar questões que demandem uma etapa

interpretativa de elaboração de uma regra geral mais genérica, menos conectada com o problema concreto que deu origem ao precedente. A generalização, nesse contexto, não é vista como uma tarefa do juiz, que recebe a jurisprudência como algo dado assim como recebe as regras legisladas. Sua tarefa, ainda nessa visão, consiste na aplicação de soluções já adotadas no passado - seja pelo legislador, seja por outro juiz no momento em que tomou uma decisão para o mesmo tipo de situação. Como a solução pontual para uma questão anterior muito dificilmente se repete nos casos difíceis, muito raramente precedentes são identificados como capazes de influir na nova tomada de decisão do Supremo.

A fim de melhor compreender o papel dos precedentes em outro tipo de situação, um conjunto de decisões do STF referentes à liberdade de expressão foi analisado. Neles observou-se o trabalho de interpretação da corte em torno desse princípio, em casos que discutiam o alcance da norma constitucional que garante o seu exercício. A aproximação desses casos deu-se com o escopo de identificar a linha decisória do tribunal em torno da liberdade de expressão, avaliando na sua fundamentação como se deu o recurso ao precedente e a construção do sentido desse princípio.

Podemos iniciar a análise com um caso relativamente recente que envolveu o questionamento sobre os limites da regulamentação da liberdade de expressão. A ADPF 130, caso em que se discutiu a recepção da lei de imprensa pela Constituição de 1988, é uma das decisões do STF mais relevantes no que se refere ao tema da liberdade de expressão, avaliada em conjunto com a garantia da liberdade de imprensa. Decidida em 30 de abril de 2009, a ADPF 130 tinha como problema central definir se a lei n. 5250 de 1967, que regulamentava aspectos centrais da atividade de imprensa no Brasil, adequava-se aos direitos e garantias individuais previstos no texto constitucional de 1988. Um dos argumentos fortes que foram utilizados para a solução do caso, que decidiu pela não recepção da referida lei, foi a violação que a lei representava à garantia da liberdade de expressão.

Na linha de argumentação que coloca a liberdade de expressão como elemento central da discussão, um dos pontos mais tratados pelos ministros, e que foi alvo de discussão entre eles, foram as possibilidades de restrição da liberdade de expressão, já que para todos eles a liberdade de imprensa é garantia que decorre da liberdade de expressão

do pensamento, um dos pilares da ordem democrática²⁹⁵. Por essa razão, ficou estabelecido pelos ministros que, dado que a liberdade de imprensa decorre da liberdade de expressão, qualquer limitação à atividade de imprensa significaria uma restrição à garantia do exercício da liberdade de expressão, fazendo com que fosse necessário avaliar ambas as garantias conjuntamente. A fim de determinar quais seriam as possíveis restrições a essas liberdades, os ministros se apoiaram em múltiplas fontes de informação e desenvolvimento de ideias sobre a regulamentação da imprensa, usando inclusive diversos precedentes do Supremo para a solução do caso.

O que chama a atenção, entretanto, é a distinção entre duas formas de tratamento dos precedentes na decisão do caso. De um lado, tem-se a citação de precedentes do STF, em que a lei de imprensa já havia sido discutida e que resultaram no reconhecimento da inconstitucionalidade de alguns de seus artigos. Assim, e em especial no voto da Ministra Carmen Lúcia, que avalia a lei de imprensa artigo por artigo, precedentes do Supremo - usados especialmente com base em suas ementas - voltam-se a demonstrar que alguns pontos específicos da questão enfrentada pela corte já haviam sido objeto de decisão²⁹⁶. Essa forma de usar precedentes se aproxima do que já é observado na maior parte das decisões do tribunal, pois tais citações foram feitas a fim de demonstrar a existência de casos que trataram exatamente dos mesmos pontos em discussão, e nesse caso com o agravante de que se trata de decisões que já iniciaram a avaliação de pontos específicos da própria lei de imprensa.

Há, porém, uma segunda forma em que precedentes foram usados nessa decisão, e que pode ser considerada uma forma mais interpretativa de avaliar os precedentes citados, em que há um esforço em determinar em detalhes as circunstâncias em que essas decisões foram tomadas. Nesse sentido um grande número de decisões de jurisdições estrangeiras

²⁹⁵ “Essa garantia básica, que resulta da liberdade de expressão do pensamento, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos pilares em que se fundamenta e repousa a ordem democrática”, Min. Celso de Mello, p.199

²⁹⁶ Nesse sentido afirma o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto: “Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386/SP, Rel. Min Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel Min. Celso de Mello”.

foram trazidas ao debate, em especial casos referentes a restrições à liberdade de imprensa decididos na Suprema Corte norte-americana e no Tribunal Constitucional alemão.

Dentre esses casos, um em especial é usado por mais de um ministro, e analisado em maior profundidade. Trata-se do caso Lebach, decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1973, em que se discutiu se uma rede de televisão poderia ser proibida de incluir em sua programação um documentário sobre a história de um criminoso que estava a poucos dias de deixar a prisão. A decisão do caso Lebach vedou a divulgação do programa, já que, avaliando as circunstâncias do caso concreto, entendeu-se que a restrição à liberdade de expressão não implicaria uma limitação na divulgação de informações, uma vez que no caso o interesse jornalístico já havia sido garantido, e que a divulgação de um documentário só prejudicaria a reinserção social do sujeito. Esse caso é debatido pelos ministros em mais de uma ocasião durante o julgamento, sendo citado pelos ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes e Carlos Britto, sustentando o argumento de que restrições à liberdade de imprensa e expressão podem estar presentes em uma democracia, pois garantem que essas liberdades não serão exercidas às custas da limitação excessiva de outras garantias constitucionais²⁹⁷.

Deixando de lado o debate acerca da possibilidade de utilização de jurisprudência estrangeira por um tribunal nacional²⁹⁸ e ainda que haja ressalvas sobre a comparação de um caso em que estava sendo avaliada a limitação concreta dos direitos de um indivíduo, e não com relação a um sistema de restrição da liberdade de imprensa por meio de legislação, a importância da reflexão sobre esse assunto, a partir de um caso concreto, é salientada pelos ministros. O caso é avaliado e serve de exemplo de limitação legítima a essa liberdade, fundamentando a atuação do Supremo no caso em julgamento - apesar da decisão final da ADPF 130 ser pela não recepção da lei de imprensa por conta das

²⁹⁷ Nesse sentido é expresso o Ministro Gilmar Mendes: “É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição”, p.227 do acórdão da ADPF 130.

²⁹⁸ Para uma comparação das práticas de uso de jurisprudência estrangeira em tribunais constitucionais cf., Gustavo Vitorino Cardoso, “O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional”, Revista Direito GV 12, 2010, p.469-492.

restrições que ela representava à liberdade de expressão e de imprensa, decisão que contraria o resultado final do caso Lebach.

Os precedentes estrangeiros são utilizados de forma diferente da maneira como os precedentes do STF foram citados. Ao invés de figurarem apenas como decisões já tomadas, como as referentes aos artigos da lei de imprensa já considerados inconstitucionais pelo tribunal, as decisões dos demais tribunais constitucionais são consideradas em maior profundidade, com seu histórico e linhas de raciocínio sendo evidenciadas²⁹⁹.

É importante considerar aqui que esta não foi a primeira vez que o caso Lebach foi utilizado como referência para a decisão de uma questão envolvendo os limites da restrição à liberdade de expressão no STF. Um episódio extremamente conhecido e que ficou famoso por ser um dos primeiros “grandes casos” decididos pelo STF a partir da década de 2000, mas que curiosamente foi completamente ignorado pelos ministros para a decisão do caso da lei de imprensa, também utilizou o caso Lebach como precedente estrangeiro. O caso Ellwanger, decidido em 2003, tornou-se um dos primeiros casos a integrarem o que se pode chamar da nova “jurisprudência relevante” do Supremo, que atraiu a atenção de juristas e da mídia, foi amplamente documentado e estudado³⁰⁰.

No conhecido caso Ellwanger discutiu-se a possibilidade de aplicação da pena de racismo a Siegfried Ellwanger, editor e autor de livros que, em algumas de suas publicações, negava a existência do holocausto contra judeus na 2ª Guerra Mundial. Ao sustentar a tese de que judeus não compõem uma raça, o autor pretendia afastar a configuração do crime de racismo do qual era acusado e acabou por atrair a atenção não só

²⁹⁹ São citadas como precedentes estrangeiros, além do já mencionado caso Lebach, também é citado como precedente da corte alemã a decisão 7.198 do Tribunal Constitucional, os casos *Whitney vs. Califórnia* e *United States vs. Williams* da Suprema Corte Americana, decisões tomadas pelo Conselho Constitucional Francês “que sinalizam a importância institucional da liberdade de imprensa e sobre o audiovisual” de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e 27 de julho de 2000 citadas pelo Ministro Menezes Direito.

³⁰⁰ O HC 82424 de 2003 ficou conhecido como o “caso Ellwanger” e foi decidido após grandes discussões sobre o alcance da liberdade de expressão e manifestação do pensamento e a configuração do crime de racismo. Após dois votos, dos ministros XX e XX, que afastaram a incidência da regra penal por não considerarem possível a configuração do crime de racismo - nos moldes como previstos na legislação - ser cometido contra judeus, o ministro Gilmar Mendes abre a divergência e acaba sendo seguido pelos demais ministros, que votam pela condenação do autor e editor, por entenderem que o crime de racismo aplica-se também para discriminações contra judeus, já que raça não é um conceito científico mas social e cultural, sendo possível a limitação da liberdade de expressão em função da garantia de alguns direitos protegidos constitucionalmente. Uma terceira linha de fundamentação, encabeçada pelo Ministro Marco Aurélio não admite a condenação do paciente por entender que a liberdade de expressão é garantia essencial de um estado democrático, não podendo ser limitada.

de juristas, mas também da mídia, fazendo com que esse se tornasse um dos casos mais comentados à época. E dentre as distintas abordagens do tema realizadas pelos ministros do Supremo, grande parte da argumentação voltou-se para a determinação do papel da liberdade de expressão e manifestação do pensamento em sociedades democráticas e às possíveis limitações a esse direito.

No que se refere às discussões acerca da liberdade de expressão, decidiu-se que escrever, editar, divulgar e comercializar livros que fazem apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constitui crime de racismo, e para isso foi realizado um amplo debate entre os ministros sobre as possibilidades de limitação da liberdade de expressão em um estado democrático de direito. Os ministros decidiram que as liberdades públicas não são incondicionais, devendo por isso ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal. E foi no contexto da fundamentação de restrições à liberdade de expressão e de imprensa que o caso Lebach do Tribunal Constitucional alemão foi usado como referência no voto do Ministro Gilmar Mendes.

A utilização de precedentes de cortes estrangeiras para solução de casos de direito interno é muito discutida em diversos países, mas essa não será a perspectiva adotada para compreender o que foi utilizado como precedente nas decisões dos dois casos mencionados, a decisão da lei de imprensa e o caso Ellwanger. O que se pretende apontar aqui é a falta de referências feitas ao caso Ellwanger na decisão da lei de imprensa, mesmo diante da constatação de que as questões discutidas nos dois casos são bastante semelhantes.

Assim, a referência ao caso Lebach, feita nos dois casos de modo mais detalhado do que se fez à jurisprudência do próprio STF, chama especial atenção quando se percebe que em meio às discussões travadas pelos ministros sobre as possibilidades de restrição às liberdades de imprensa e de expressão no caso decidido em 2009 não se fez sequer uma menção ao caso Ellwanger e ao que foi decidido nessa ocasião.

Não se trata de exigir que o tribunal use um ou outro caso determinado para a solução dos casos novos. A decisão por quais precedentes utilizar envolve uma escolha específica dos ministros e implica não só a utilização do resultado final do caso precedente, mas também no acordo com o que foi usado como fundamentação no caso passado,

fazendo com que de maneira nenhuma a escolha por qual precedente citar possa ser determinada por outras pessoas que não os próprios ministros.

Mas ainda assim é possível fazer uma crítica ao conteúdo da decisão da Lei de Imprensa, por ter se furtado a utilizar a decisão do caso Ellwanger como precedente. As duas decisões foram tomadas com apenas seis anos de intervalo entre elas e muitos dos ministros que estavam presentes na decisão da primeira decidiram o segundo caso. Mesmo que a proximidade temporal e a coerência individual dos ministros não estejam aqui em jogo, quando se trata de exigir a construção de uma jurisprudência consistente no tribunal esses fatores agravam o cenário em estudo.

A proximidade entre os casos não é percebida quando os ministros tratam de definir quais são as limitações aceitáveis às liberdades de expressão e imprensa em um estado democrático de direito. Há elementos específicos da lei de imprensa, que foram inclusive evidenciados em alguns momentos do julgamento, que fazem referência direta ao que foi decidido no caso Ellwanger. Assim, o Ministro Joaquim Barbosa, que não concordou com a solução de não recepção da lei de imprensa como um todo, avaliou, assim como outros ministros, a possibilidade de manutenção de alguns dispositivos da lei que, no seu entender, não feriam os princípios constitucionais de liberdade de imprensa e de expressão³⁰¹.

Nesse sentido, o ministro apresenta um questionamento que remete diretamente à questão central que foi colocada pelos ministros no caso Ellwanger. Ele pergunta: “a Constituição protege o discurso que vise a fazer apologia de preconceitos de raça ou de classe, tal como mencionado no mesmo dispositivo?”, a fim de justificar o seu entendimento pela recepção da regra presente no §1 do art.1º da lei de imprensa, que dizia que “não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”. Em vista desse questionamento, o ministro decide pelo não afastamento das regras que proíbem a divulgação de material em

³⁰¹ Para o Ministro Joaquim Barbosa a regra que proíbe a divulgação de material com preconceito de raça e classe é recepcionada pela Constituição de 1988, ponto que é vencido pela maioria dos ministros que decidem pela não recepção integral da lei. Trata-se exatamente do que foi decidido no caso Ellwanger. No entanto, em nenhum momento da decisão da lei de imprensa, o conflito existente entre liberdade de expressão e restrições a manifestações discriminatórias foi mencionado como já tendo sido decidido no passado pelo tribunal. A decisão final da corte, que não recepciona a lei de imprensa na sua integralidade, acaba sendo contraditória com esse ponto específico da decisão do caso Ellwanger.

que estejam presentes preconceitos de raça ou de classe, sem no entanto fazer qualquer menção ao famoso caso em que este exato questionamento foi decidido pelo STF.

E diante dessa desconsideração do que foi decidido no passado, em um caso de tão evidente proximidade ao que estava sendo decidido no caso novo, surgem perguntas sobre por que uma decisão que na época foi tratada como um *leading-case* deixa de ser usada como precedente no caso novo. Esse questionamento não se baseia na exigência de que as duas decisões tenham resultados idênticos e nem que o precedente determine num sentido forte o que será decidido pelo tribunal no caso novo. Simplesmente questiona-se o porquê de uma decisão que foi tomada no passado recente da corte e que tinha como ponto sensível a discussão sobre as possibilidades e os limites da restrição ao exercício da liberdade de expressão não ter sido usada como parâmetro decisório quando a mesma pergunta foi apresentada ao STF para a decisão sobre a recepção da Lei de Imprensa.

A falta de relação entre as decisões não significa apenas a falta de oportunidade de aproveitamento da argumentação desenvolvida pelos ministros em uma situação passada, mas coloca em dúvida alguns elementos que pareciam estar definidos com a decisão do caso *Ellwanger*. De acordo com o que foi decidido neste caso, a liberdade de expressão, elemento fundamental de uma democracia, é entendida como princípio não absoluto que pode ser restringido de acordo com certas finalidades de respeito a outras garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana. Tendo em vista esta orientação, a decisão tomada no caso da lei de imprensa, e especialmente a argumentação utilizada para sustentá-la, parece contradizer o precedente estabelecido. A fim de decidir pela não recepção da lei os ministros desenvolvem argumentos que pouco se compatibilizam com a afirmação de que a liberdade de expressão pode ser limitada, quase defendendo a posição de um direito absoluto. Além desse posicionamento, não ficam claras as razões para a não recepção no que se refere a elementos que ultrapassam o limite do que pode ser regulamentado legislativamente, e portanto limitado. Mais do que simplesmente citar um caso antigo, o tribunal falha ao não determinar qual é a relação entre esses casos, que conjuntamente apresentam determinações importantes sobre os limites das restrições à liberdade de expressão.

Ao negar a recepção integral da Lei de Imprensa alguns elementos foram claramente estabelecidos. Em primeiro lugar, reafirmou-se o entendimento tradicional do STF de que

não há vedações à atividade legislativa do Estado no que se refere à regulamentação dos direitos fundamentais, sendo, nas palavras do Ministro Menezes Direito “necessário, sim, o poder de mediação do Estado para resolver esses conflitos”. Em outras palavras, é um posicionamento unânime dos ministros - que é colocado em evidência em diversas decisões do Supremo em temas de direitos fundamentais - a possibilidade de disciplina legislativa dos direitos fundamentais. Essa premissa é aceita no caso em julgamento tanto pelos ministros vencedores quanto pelos dissidentes. A discórdia entre eles está na definição do que pode ser regulado legislativamente, e como isso deve ser feito. Esse ponto de partida também está presente na decisão do caso *Ellwanger*, no qual a afirmação de que não há direitos fundamentais absolutos em nosso regime constitucional é aceita por todos os ministros, ainda que o resultado final do julgamento não seja unânime.

A ausência da referência a um precedente tão conhecido pode ser explicada com base em alguns dos fatores tratados anteriormente nessa tese. Como se viu até aqui, uma característica que perpassa as diferentes decisões do STF é a utilização do precedente com base no resultado final adotado pelo tribunal nos casos anteriores, ou seja, o STF identifica como precedente unicamente o fruto do raciocínio desenvolvido nos casos passados, sem levar em consideração quaisquer outros elementos que foram levados em consideração. Foi o que se chamou de visão positivista do precedente, em contraste com uma visão argumentativa, ou interpretativa de precedente.

Nessa perspectiva, são usados como precedentes - capazes de vincular as novas decisões do tribunal - apenas aqueles casos em que a solução adotada pode ser transferida sem restrições ao caso novo. E quando isso acontece, a solução do precedente é aplicada sem qualquer alteração à nova situação. Nessas ocasiões, o uso de precedentes é extremamente frequente e o respeito absoluto ao que foi decidido é a regra. Assim, ainda que tratando de um tema comum, a restrição à liberdade de expressão, as disposições específicas de cada caso funcionaram como impeditivo para que as decisões fossem aproximadas para que os fundamentos presentes no caso *Ellwanger* pudessem ser usados como base para novas considerações na decisão do caso da Lei de Imprensa.

Outras relações entre decisões que tratam da liberdade de expressão são marcadas por essa característica. A ADPF 130 é utilizada como precedente na fundamentação de outra decisão a respeito da limitação da liberdade de expressão quando esta se manifesta

por meio da imprensa. Na ADI 4451, decidida em 2010, o STF avaliou a constitucionalidade dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9504 de 1997 que, respectivamente, restringiam a possibilidade de programas de rádio ou TV de utilização de truncagem, montagem ou outro recurso que de alguma forma degradassem ou ridicularizassem candidatos ou partidos, além de vedar a veiculação de propaganda política ou difusão de opinião favorável ou contrária aos mesmos, durante um período que antecede cada eleição³⁰².

Por tratar-se de um tema tão próximo ao que foi decidido na ADPF 130 muitos dos ministros citaram o precedente como forma de indicar que a nova ADI seria decidida a partir do que foi estabelecido no passado. Assim, se na ADPF 130 o tribunal acabou por decidir pela não recepção integral da lei de imprensa, por entender que as limitações à liberdade de expressão contidas nela eram inconciliáveis com o regime constitucional vigente, a decisão da ADI 4451 manteve o posicionamento com relação às possibilidades de regulamentação da imprensa, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

A proximidade dos temas presentes nas duas decisões permitiu que os ministros reconhecessem a ADPF 130 como precedente para o novo julgamento. A decisão do Ministro Relator Carlos Ayres Britto é expressa ao realizar a citação do precedente. Por entender que a atividade humorística (que segundo os ministros era o alvo do inciso II da lei) inseria-se na atividade de imprensa, aplica ao novo julgamento a mesma decisão tomada na ADPF, afastando a possibilidade de regulamentação que limite tal atividade.

Ainda assim, pode-se entender que a aproximação feita entre os casos para fins de justificação da nova decisão foi feita de modo insuficiente. A decisão final da ADPF 130 é usada como precedente para o novo julgamento, mas em poucos momentos vê-se a real avaliação do que foi decidido na ADPF - e em especial as razões para essa decisão - bastando para os ministros a consolidação do dispositivo desta decisão: a inadmissão de regulamentações restritivas da liberdade de expressão. Em nenhum momento, entretanto, os ministros que declararam a inconstitucionalidade dos incisos questionados indicaram

³⁰² Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] II - usar truncagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de alguma forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

quais eram as particularidades que permitiam a utilização desse precedente. Maiores comentários acerca da adequação deste precedente foram realizados pelo Ministro Dias Toffoli que, por ainda não fazer parte do tribunal no momento da decisão da ADPF 130, coloca seu entendimento sobre a matéria e afasta a aplicação deste precedente por não entender os dispositivos legais integralmente inconstitucionais.

A concepção positivista de precedentes acaba, portanto, dificultando a tomada de decisão em casos como esse. Ao se deparar com uma situação sem resposta simples e sem precedentes que orientem a tomada de decisão de modo quase vinculante, o tribunal acaba se colocando em uma situação de tomada de decisão sem qualquer parâmetro decisório. Do modo como foi decidida a ADPF 130 tem-se a impressão que o conflito entre a liberdade de expressão e a garantia de outros direitos constitucionais nunca foi tratado pelo Supremo. Em alguns momentos, inclusive, fica mais evidente essa aparente tomada de decisão “desorientada” por precedentes, como é o caso da manifestação do Ministro Joaquim Barbosa, comentada acima, em que ele afirma não afastar a recepção da regra que proíbe a divulgação de manifestações baseadas no preconceito de raça ou classe social. Esse seu posicionamento é minoritário, já que a lei é declarada não recepcionada como um todo, ainda que esteja de acordo com o que foi decidido, por exemplo, no caso *Ellwanger*.

Em outros momentos esse desencontro entre o que foi decidido no passado e o que é adotado como solução no caso novo aparece na manifestação de outros ministros. Ao final de seu pronunciamento, o Ministro Celso de Mello afirma que "nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvem temas de natureza social, filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de comunicação social ("mass media") ou de divulgação do pensamento", parecendo com isso afastar qualquer tipo de restrição ao conteúdo do que é divulgado pela imprensa.

Essas incongruências, que podem sugerir em alguns momentos haver uma incoerência entre o conteúdo dessas decisões, não pode, entretanto, ser avaliada sem que se leve em conta o conceito de precedente que parece permear toda utilização que o tribunal faz dessa ferramenta. Isso porque a identificação dessa visão positivista de precedente faz com que, no caso da decisão da lei de imprensa, o caso *Ellwanger* não seja encarado pelos ministros como precedente passível de orientar a nova tomada de decisão. Em outras

palavras, a não consideração do caso *Ellwanger* para a solução do caso novo não se dá em função de uma escolha deliberada por não utilizar esse precedente, mas simplesmente por não vê-lo como tal. A solução pontual demandada no caso da lei de imprensa não se relaciona com a decisão tomada no caso *Ellwanger* - já que toda discussão a respeito das limitações da liberdade de expressão tinham por finalidade decidir se o paciente do *habeas corpus* deveria ou não ser mantido preso. É evidente que o dispositivo final do caso *Ellwanger* não traz qualquer tipo de orientação para a decisão sobre a recepção de uma lei pelo ordenamento jurídico atual. O que parece fugir da consideração dos ministros é que o raciocínio presente no caso *Ellwanger*, de algum modo poderia orientar a nova decisão, ou ao menos indicar a necessidade de se colocarem em um estágio mais avançado no debate acerca das possíveis limitações à liberdade de expressão, que não apenas a reafirmação da mesma premissa desenvolvida no julgamento passado - a de que não há direitos e garantias absolutas no texto constitucional.

Ao não utilizar o caso *Ellwanger* como precedente o tribunal parece não se dar conta de que faz sinalizações sobre o peso que as suas próprias decisões devem ter no futuro. Essa sinalização decorre do fato de que o reconhecimento dado às decisões atuais do Supremo relaciona-se diretamente à importância que ele mesmo atribui aos seus precedentes nas decisões que toma³⁰³. Nesse sentido é que uma abordagem que considera a utilização de precedentes como atuação estratégica da corte pode auxiliar na compreensão de quais são as consequências do comportamento do tribunal para a faceta de “folhar para frente” do precedente.

6.2. STF, uso de precedentes e participação na construção do direito

A análise feita nos capítulos anteriores levaram em consideração as características e consequências da utilização do precedente como um processo em que um tribunal olha para o passado para determinar o conteúdo das novas decisões. Esse tipo de abordagem aponta para a capacidade de mitigação da discricionariedade do juiz na atividade decisória, influenciando o conteúdo das novas decisões que toma. Essa é uma das formas de

³⁰³ Para uma análise do uso estratégico dos precedentes da Suprema Corte Americana ver, por exemplo, James F. Spriggs, Thomas G. Hansford, “Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent”, *op.cit.*

compreender o precedente na jurisprudência de uma corte. Há sem dúvidas na utilização de precedentes uma atitude de deferência com relação ao passado ainda quando o conteúdo das decisões novas esteja em desacordo com o que foi decidido anteriormente. Levar os precedentes a sério significa, assim, levar em consideração o que foi estabelecido anteriormente, partindo desses marcos para solucionar problemas jurídicos precedentes.

Ocorre que, simultaneamente, pode-se reconhecer uma atitude de olhar para o futuro na atividade de utilização de precedentes. Nessa perspectiva, a consolidação de decisões paradigmáticas por uma corte impacta na construção do direito uma vez que os pontos estabelecidos por ela passam a integrar o sistema jurídico. Entra no conjunto de preocupação dos juízes, assim, não só a necessidade de conectar sua decisão nova com o passado decisório da corte como uma forma de legitimar aquilo que está sendo decidido, mas como meio de interferir no futuro desenvolvimento do direito. Uma decisão é reconhecida como um precedente a ser seguido em função de um conjunto de fatores e um deles é o respeito que a própria corte que elaborou a decisão tem com relação aos seus precedentes.

Como em certo sentido já mencionado no capítulo introdutório da tese, cada nova decisão que o tribunal toma olhando para o conteúdo dos precedentes relativos ao tema que está em discussão, ele aumenta as chances de suas decisões gerarem um impacto grande nas decisões futuras, seja da própria corte, seja das demais instâncias do judiciário. A importância das decisões de uma corte constitucional para orientar novos posicionamentos depende, assim, não só no papel que elas representam para a solução dos casos, mas da autoridade que a própria corte confere a sua jurisprudência³⁰⁴.

Obviamente que essas constatações, que decorrem de pesquisas feitas com base na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, não permitem realizar afirmações contundentes a respeito do comportamento decisório do STF. Toda uma cultura de respeito a precedentes desenvolvida naquela jurisdição faz com que seja mais fácil determinar quais fatores interferem na consolidação de precedentes mais ou menos fortes por parte do tribunal.

³⁰⁴ Sobre elementos de atuação estratégica da Suprema Corte na aplicação de precedentes, cf. Fowler and Lupu. "The strategic content model of Supreme Court Opinion writing", op.cit. p.10 e ss

Essa atividade de olhar para o futuro é mais evidente quando se trata de uma corte responsável pela interpretação da constituição. Nesse sentido, o comportamento do Supremo com relação aos precedentes deixa de ser indicativo unicamente da visão que o tribunal tem sobre o papel dos precedentes na argumentação jurídica, mas aponta para características de sua auto-compreensão como tribunal. Ao tomar decisões como as observadas no tópico anterior, relacionadas à extensão da garantia da liberdade de expressão, em que os elementos concretos das questões não necessariamente se comunicam mas nas quais o raciocínio desenvolvido no caso precedente pode servir como guia para a nova decisão, sem conectá-las ou ao menos sem tentar demonstrar como as justificativas apresentadas para uma decisão se aplicam a novas situações, o tribunal demonstra se preocupar unicamente com a solução pontual das demandas que acessam a corte.

Seu papel, nesse sentido, está somente em encontrar uma resposta adequada para o caso concreto, sem que essa atividade esteja relacionada a uma função maior atribuída ao tribunal constitucional. A implicação dessa conclusão extrapola uma simples constatação da visão que o tribunal tem de precedentes, passando assim a integrar o espaço que o Supremo entende ter no desenvolvimento e consolidação do direito. Ao se restringir a apresentar soluções para controvérsias - manter preso ou soltar um autor de livros antissemitas, declarar a recepção de uma lei, determinar os requisitos para o exercício de uma profissão, entre outras disposições - o tribunal se coloca em uma posição pouco ativa no sistema jurídico. Ainda que as decisões que ele tome tenham, pontualmente, um impacto muito grande nas situações específicas a que se referem, pouco pode se dizer de sua atuação na determinação de *standards* claros e que sirvam de pontos fortes estabelecidos no sistema jurídico.

Pode-se dizer, assim, que nos casos analisados neste capítulo, o tribunal se absteve de utilizar os mesmos padrões decisórios, adotar as mesmas premissas e, consequentemente, determinar os limites da liberdade de expressão de modo coerente. Todas essas decisões representaram importantes marcos para os problemas discutidos em seu conteúdo, mas não são compatíveis se consideradas em conjunto, deixando em aberto perguntas a respeito da regulamentação desta norma constitucional.

A forma vinculada como o precedente é aplicado na maior parte das decisões do Supremo sugere que estes casos não são aproximados pois a solução de cada um deles não funcionaria como resposta para os novos casos. Em outras palavras, o tribunal não reconhece tais decisões como precedentes aptos a influenciarem a tomada de decisão, em função de não contarem com os mesmos problemas específicos. Nesse sentido, a visão formalista de precedente se sobrepõe a concepções interpretativas.

Ao observamos a aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, baseando-se na premissa de que não há diferenças metodológicas na aplicação de precedentes nos distintos sistemas jurídicos, torna-se possível questionar como se dá, em nosso ordenamento, o desenvolvimento do direito por meio das decisões judiciais. Se por um lado podemos entender juiz como um aplicador do direito baseado no entendimento de que casos devem desenvolver o direito de modo a incrementá-lo³⁰⁵, por outro podemos reduzir seu âmbito de atuação, ao atribuímos ao juiz unicamente a tarefa de solucionar problemas pontuais.

Uma importante diferença entre o nosso modo de citar precedentes e o modo como eles são utilizados em sistemas de *common law* é o que pode ser chamado simplificadamente como agregação numérica e agregação argumentativa. É inegável, como já demonstrado nos capítulos iniciais da tese, que a citação de precedentes é um fenômeno freqüente nas decisões do STF, afastando, ao menos em uma primeira análise, a possibilidade de se atribuir a essa ferramenta uma posição secundária na fundamentação das decisões. Ao afastarmos o elemento vinculativo como elemento essencial para a compreensão do precedente, já que tal elemento se mostrou relativo mesmo em sistemas de *common law*, o que caracteriza o uso que se faz do precedente no sistema jurídico brasileiro é a agregação de um grande número de decisões no mesmo sentido, chamada de jurisprudência dominante ou, em outras jurisdições, de *constante jurisprudencia*³⁰⁶. Essa forma de utilização dos precedentes evidencia o tipo de visão atribuída pelos juízes às

³⁰⁵ Sobre a forma de desenvolvimento do direito por meio de decisões judiciais, agregando a cada decisão um ponto no ordenamento, cf. David Robertson, *Judicial Discretion in the House of Lords*, Oxford University Press, 1998.

³⁰⁶ Há quem diga que na Suprema Corte americana o modelo de aplicação de precedentes não siga o “legal model” tradicional, mas que os juízes são influenciados por “regimes jurisprudenciais”, ou seja, um precedente-chave seguido de precedentes que tem relação com ele, que estruturam um conjunto de decisões que passam a ser determinantes para futuros casos. Para essa caracterização cf. Herbert M. Kritzer e Mark J. Richards, “Jurisprudential Regimes and Supreme Court Decisionmaking”, op.cit.

decisões anteriores, que trazem uma solução pronta ao julgamento em curso, sem a necessidade de realização de exercícios interpretativos. O trabalho de aplicação de precedentes, assim, dispensa a atividade criativa do juiz, já que eles apresentam soluções prontas para serem aplicadas em situações muito similares para as quais foram criadas. Esse modo de aplicação de precedentes impede que se diga que as práticas em nosso sistema jurídico afastam a autoridade de regras produzidas pelo judiciário. Ao contrário, o que se observou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi um grande apego às decisões anteriores, de modo a consolidarem linhas vinculantes para o próprio tribunal e de forte grau de orientação para as demais instâncias.

Precedentes são usados de modo reiterado e servem, assim, para solucionar problemas concretos que são endereçados ao judiciário, mas eles não são vistos como ferramentas por meio das quais o direito é desenvolvido. Ao invés de figurarem como instrumentos pelos quais se desincentiva ou se evita a rediscussão infrutífera de temas, princípios e valores jurídicos, os precedentes acabam se enquadrando em uma lógica excludente: ou são absolutamente adequados para a solução de casos particulares, vinculando assim a resposta a ser dada para o novo caso, ou não apresentam qualquer tipo de autoridade capaz de influenciar a decisão nova, já que os argumentos usados no caso anterior não são entendidos como elementos a serem utilizados em casos subsequentes.

Essa agregação argumentativa, que se dá pela incorporação da decisão como um todo aos marcos jurídicos em questionamento, só ocorre quando as decisões judiciais são vistas como elementos dotados de autoridade para regular não só o caso concreto que se voltam a resolver, mas também casos semelhantes que eventualmente surjam. As decisões judiciais resolvem problemas mas não são capazes de desenvolver o direito, complementando o ornamento jurídico. Essa tarefa ainda é atribuída exclusivamente ao legislativo³⁰⁷.

A diferença fundamental, entre sistemas que adotam o precedente como fundamentação suficiente para a decisão, assim, é que as regras que surgem a partir dos casos concretos não são simplesmente “descrições de regularidades”³⁰⁸, no sentido de descreverem ao juiz a solução já adotada em casos anteriores, mas são prescritivas,

³⁰⁷ Com exceção dos casos em que o judiciário, por meio do acúmulo de decisões em um mesmo sentido, constrói correntes jurisprudenciais que passam a valer como razões para decidir, por meio da jurisprudência consolidada.

³⁰⁸ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, op.cit., p.175.

fazendo com que juízes se sintam constrangidos não só pelas soluções mas também pelos demais elementos da decisão. Nesse sentido é que se torna possível compreender que “o conteúdo das decisões - o raciocínio da corte e as citações a precedentes - é frequentemente mais importante, principalmente no longo prazo, do que a solução adotada para as partes do caso”³⁰⁹. Esse papel da corte constitucional na participação do desenvolvimento do direito, mais do que na resolução dos casos individuais é evidenciado por Jan Komárek:

“Se criar direito é visto apenas como um corolário da principal tarefa das cortes de decidir disputas, então a criação do direito ocorrerá apenas nesse contexto. Pode-se insistir assim que apenas o que é dito nesse contexto (decidir a disputa concreta) importa. Entretanto, essa visão se apóia na premissa de que o papel primordial da Suprema Corte é decidir disputas. Essa presunção é correta? (...) Há duas visões conflitantes: de um lado o modelo de ‘resolução de disputas’ (ou de ‘direitos privados’) e de outro lado o modelo de ‘direito público’. (...) O primeiro, o modelo de resolução de disputas reflete a concepção tradicional de adjudicação como resolução de disputas entre duas partes e a implementação dos seus direitos. É caracterizada por Marshall em *Marbury*: ‘a competência da Corte é, somente, decidir sobre os direitos dos indivíduos’. Fazer o direito é uma mera coincidência no curso da resolução de uma disputa. (...) Em contraste, no segundo modelo, de direito público, o que a corte faz implica em um significado que vai além da disputa particular que se encontra diante dela. A Suprema Corte não é um ‘mero árbitro de disputas, mas [...] uma instituição com uma capacidade distintiva de declarar e explicar valores públicos’³¹⁰.

Diante dessas visões, é a função das decisões da corte que se coloca em questão, e que determina o peso que o tribunal coloca nas próprias decisões. Segundo López Medina e Gordillo:

“Tudo depende da concepção de sentença que escolhemos como a mais interessante e convincente. Uma concepção de sentença que denomino formalista tenderia a expedição de sentenças aptas para a solução exclusiva dos litígios, para fazer “justiça no caso concreto”. Uma sentença formalista, então, não consideraria significativos valores como a coerência, a clareza e a boa citação. Ao contrário, uma sentença que se rege por uma concepção axiológica superará a função egoísta de resolução de litígios particulares. Uma sentença anti-formalista ou axiológica também se preocupa com que sua escrita conduza a uma compreensão clara de todos os argumentos, terá um fio condutor ao melhor estilo dos dramas modernos, provocará a sensação de que se lê algo mais que o direito esotérico dos especialistas,

³⁰⁹ Lupu, Yonatan and Fowler, James H., *Strategic Citations to Precedent on the U.S. Supreme Court*, op.cit., p. 3

³¹⁰ Jan Komárek, “Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court”, op.cit., p.12-3, tradução livre.

sua estrutura responderá a critérios de coerência, clareza e eficácia da linguagem. Assim, o final da sentença, ou seja a solução do caso, será uma consequência lógica do nó e o climax expostos nas motivações dos juízes. A jurisprudência, assim, talvez se converta em um inestimável repositório de experiência normativa³¹¹.

Nas situações aqui analisadas, alguns casos deixam clara essa diferenciação no tipo de concepção de precedentes formados pelo STF. Depois de alguns anos de uma jurisprudência mais impactante, com casos tratados de modo mais midiático, algumas decisões foram apresentadas como verdadeiros *leading cases*. No entanto, com o passar do tempo novas decisões referentes aos mesmos temas foram tomadas pelo tribunal, sendo que na maioria das vezes outras orientações prevaleceram, sem que qualquer referência aos precedentes fosse feita.

³¹¹ Diego López Medina e Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, op.cit. p.46-47.

7. Conclusão

Precedentes são decisões anteriores que podem fornecer razões e bases para novas decisões. O estudo do precedente no sistema jurídico brasileiro foi proposto nesta tese por meio da análise do modo como o Supremo Tribunal Federal utiliza as próprias decisões como precedentes. Essa análise foi feita tendo em vista três justificativas da necessidade de se levar o precedente a sério, mesmo em um sistema jurídico de *civil law*. Nesse sentido, o uso estratégico de precedentes, *accountability* e coerência decisória foram apontados como parâmetros para a análise das decisões aqui selecionadas.

Tendo em vista estas justificativas, foram realizados dois tipos de análise, cada um deles expressando uma fase essencial no processo de aplicação de precedentes. Adotando como parâmetro a descrição feita por Frederik Schauer sobre o raciocínio típico de um juiz quando aplica um precedente, foi objeto de estudo tanto a identificação dos precedentes feita pelo STF por meio das citações, quanto o raciocínio expresso na fundamentação destes casos, demonstrando como se deu a elaboração da regra geral aplicada ao caso novo a partir da generalização das regras particulares presentes nos precedentes identificados.

Esta análise foi desenvolvida a partir da distinção de duas funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal: sua competência como corte constitucional e como tribunal recursal. De acordo com cada uma destas funções, foram identificados diferentes papéis desempenhados pelos precedentes na jurisprudência do Supremo. Analisar o uso de precedentes pelo STF sem realizar essa diferenciação entre as funções desempenhadas pelo tribunal pode gerar a impressão de um uso desordenado da jurisprudência, chegando até mesmo a entender a referência a precedentes como elemento secundário e subsidiário na justificação do tribunal. No entanto, ao separar as funções de corte constitucional e de tribunal recursal, o precedente pode ser entendido de outras maneiras. Cada uma dessas funções demanda tipos de decisão e argumentação diferenciadas, por cumprir objetivos distintos, e faz com que sejam esperadas também diferenças no sentimento de vinculação dos ministros aos precedentes da própria corte.

Foi possível perceber, assim, o uso frequente de precedentes na jurisprudência do STF em sua função de tribunal recursal, responsável pela uniformização da jurisprudência e pela solução de uma quantidade extremamente grande de processos de massa. Esse uso

não pode ser classificado como meramente retórico, já que cumpre satisfatoriamente a necessidade de estabelecimento de posicionamentos claros e coerentes, destinados não só à solução dos casos que chegam ao Supremo, mas também à orientação das demais instâncias quando estas se deparam com casos muito semelhantes. Essa construção da jurisprudência baseia-se em uma noção formalista de precedentes, que tem por característica marcante a noção de *vinculação* ao que foi decidido no passado, minimizando a interferência do juiz nas decisões atuais, uma vez que a atividade interpretativa realizada no caso precedente é aplicada integralmente ao caso novo.

Esse papel atribuído ao precedente pode ser observado em toda jurisprudência do Supremo. Porém, ao mesmo tempo em que ele funciona como promotor de segurança jurídica, previsibilidade e eficiência na atividade decisória, ele é inadequado para a atuação do Supremo como corte constitucional, pois restringe suas possibilidades de colaboração no desenvolvimento do direito na decisão dos casos difíceis, já que faz com que ele se limite à utilização de precedentes como forma de reiteração de posicionamentos elaborados para casos específicos. Esse modo de utilizar precedentes faz com que apesar de muito ativo na tomada de um grande número de decisões difíceis e de grande impacto, o Supremo não consiga desempenhar um papel importante na construção e no desenvolvimento do direito brasileiro. Ao decidir casos pontuais sem se preocupar em dar continuidade à aplicação das razões de decidir em casos anteriores com algum paralelo aos casos atuais, o Supremo não preenche todo o espaço que a Constituição deixa a seu dispor na tarefa de criação do direito.

A análise da frequência das citações de precedentes e das conexões existentes entre eles permitiu alguns avanços na compreensão de como se dá o uso dessa ferramenta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A elaboração dos mapas de citação de precedentes possibilita uma forma inovadora de visualização de como as decisões do STF se conectam entre si, introduzindo algumas características na percepção que temos sobre os precedentes no tribunal. Foi possível identificar, assim, que a maior parte das decisões do STF pesquisadas conta com uma quantidade expressiva de citações de precedentes. A sistematização dessas citações permitiu a elaboração dos contextos decisórios de cada decisão do STF. O que foi possível observar também é que, mesmo nas decisões que apresentavam um mesmo problema a ser resolvido pelo tribunal, os contextos decisórios de

cada uma era distinto, indicando não só uma baixa quantidade de conexão entre as decisões citadas, mas que contextos decisórios como um todo não se comunicam de maneira nenhuma.

A análise da argumentação das decisões, segunda fase do estudo proposto, voltou-se ao processo pelo qual o tribunal constrói a regra a ser aplicada ao caso novo, com base nos elementos presentes nos casos citados como precedentes. Essa análise permitiu verificar que o precedente é identificado e aplicado aos casos novos com base exclusivamente no dispositivo das decisões anteriores. Chegou-se a percepção de que nesses casos o STF adota uma visão positivista de precedentes, segundo a qual o elemento capaz de influenciar a tomada de decisão do juiz é simplesmente a conclusão da decisão anterior, e não o processo argumentativo presente nela. A existência de um número muito grande de casos idênticos fomenta a consolidação dessa visão. Havendo na jurisprudência da corte um precedente que tratou de um caso idêntico ao caso novo, não há razões para não utilizar seu resultado como guia para a nova decisão. Nesse cenário, as novas decisões não apresentaram qualquer tipo de desvio com relação à decisão antiga, mostrando ser essa uma prática que coloca em evidência o alto grau de vinculação à jurisprudência do tribunal. A jurisprudência é vista como fortemente vinculante também nas decisões colegiadas do tribunal, demonstrando que essa é uma prática que não se restringe ao que aqui se denominou de *função filtro dos precedentes*. Em sua função filtro, o precedente é usado como fundamento para a não afetação dos órgãos colegiados para a decisão dos casos, permitindo que cada gabinete, individualmente, gerencie uma grande quantidade de processos.

Construindo o que foi chamado por López Medina de jurisprudência de reiteração, os posicionamentos pontuais do STF acerca de determinadas questões jurídicas são repetidos inúmeras vezes, formando uma jurisprudência clara e orientadora do comportamento não só das demais instâncias do judiciário como também dos atores externos a ele. A forte vinculação aos precedentes da corte percebida nesses casos garante um tratamento isonômico das situações semelhantes e a manutenção da coerência decisória da corte. Esse modelo de aplicação de precedentes explica o formato mais frequente dos mapas de citação criados com base na jurisprudência do STF. Neles ficou evidente a relação entre os precedentes na construção do que denominei contextos decisórios. Na maior parte dos

casos observados cada decisão original apoiou-se em precedentes que acabaram por construir redes particulares, que não se conectavam com as demais redes dos universos pesquisados. Ainda que dentro de um mesmo grupo temático, os precedentes de cada uma das questões decididas não se comunicam, e isso é explicado pela grande proximidade que os fatos em decisão nos casos têm com os fatos presentes nos precedentes. A grande vinculação aos precedentes decorre dessa proximidade factual entre os casos, o que faz, consequentemente, com que casos em que a proximidade material não é tão evidente não sejam reconhecidos como precedentes. Isso limita a conexão entre casos quando eles não são idênticos e restringe as conexões estabelecidas entre precedentes.

A percepção gerada pela análise da fundamentação das decisões selecionadas, de que o padrão de uso do precedente se apóia em uma visão positivista de precedentes, atende algumas das funções atribuídas à jurisprudência, como garantias de previsibilidade e segurança jurídica. No entanto não foi possível encontrar nesses casos uma atuação mais criativa do tribunal no uso dessa ferramenta. Neles o precedente foi aplicado como elemento externo ao tribunal, como algo dado, cuja elaboração não depende de qualquer atitude por parte dos ministros. Seu comportamento diante de um precedente, nesses casos, é o mesmo que ocorre diante de uma regra legislada.

A escolha por examinar as súmulas vinculantes não se deu por conta do efeito vinculante atribuído a elas, mas em função das operações envolvidas no processo de criação dos enunciados de súmula. Em tese, após reiteradas decisões sobre uma determinada matéria o tribunal constrói uma regra que deverá regular todos os casos semelhantes. Esse raciocínio de retirar de múltiplas decisões um enunciado que deverá reger situações semelhantes é exatamente o mecanismo utilizado por juízes quando aplicam precedentes. No entanto, a observação dos processos de elaboração das súmulas não revelou nenhuma alteração qualitativa no modo como o Supremo lida com seus precedentes. Apesar de ser um mecanismo novo, introduzido pela EC 45/2004, as súmulas vinculantes não representam qualquer tipo de novidade em termos de tarefas atribuídas ao STF. Ela se baseia justamente na reiteração da solução adotada em múltiplos casos, da mesma forma como a jurisprudência dominante é aplicada na fundamentação das decisões, não sendo desenvolvido nesse momento uma atividade interpretativa mais contundente.

A referência aos precedentes nesses casos tem por finalidade unicamente confirmar a legitimidade da elaboração da súmula, e não como um material aberto a interpretação e construção. A atividade de sumular entendimentos consolidados já fazia parte das práticas do Supremo desde 1963. Desde então as súmulas fazem parte do modo corrente de trabalho do STF, não tendo se alterado após a inclusão do efeito vinculante. O que se percebe é uma gradativa diminuição da competência do tribunal, a fim de diminuir a quantidade de trabalho a ser realizada por ele, por meio da utilização da jurisprudência dominante, das súmulas e por fim das súmulas vinculantes. Essa figura, no entanto, não representa um modo diferenciado com o qual o STF lida com seus precedentes, não havendo qualquer elemento inovador com relação à argumentação pautada em precedentes no processo de aprovação das súmulas vinculantes.

As práticas de utilização da jurisprudência observadas corroboram a necessidade de compreender o Supremo Tribunal Federal de acordo com as diferentes tarefas que são atribuídas a ele. A jurisprudência de reiteração cumpre um papel fundamental na consolidação do tribunal, não só por permitir que com base nela o STF julgue de modo mais célere um volume grande de casos, mas também por efetivar garantias de previsibilidade e segurança jurídica. Dessa forma, linhas jurisprudenciais claras são estabelecidas e respeitadas pela corte.

A predominância dessa função de reiteração colocada nos precedentes, entretanto, vem acompanhada de duas conseqüências que afetam o papel de um tribunal constitucional, caso não seja atribuído ao precedente funções que vão além da reiteração. Em um ambiente em que o precedente só funciona como ferramenta de repetição de um mesmo conteúdo, de um lado fica agravada a dificuldade de se alterar posicionamentos já estabelecidos, tendo em vista que a mudança de uma orientação depende da possibilidade de demonstração de que uma longa cadeia decisória está equivocada e as eventuais consequências de uma alteração desse tipo. De outro, e mais relacionada à função de uma corte constitucional, está a atuação do tribunal nas situações em que não há precedentes capazes de determinar a solução final de novos casos. Esses casos demandam práticas mais elaboradas de utilização de precedentes pelo tribunal, já que nessas ocasiões há necessidade de se recorrer a métodos interpretativos que possibilitem retirar de uma decisão razões que orientem a solução de novos casos. A análise de alguns casos difíceis e

a ausência de relações de precedente entre eles aponta para inexistência desse outro papel atribuído ao precedente. Ele não serve para orientar novas disputas quando o que está em jogo são casos não idênticos. Não se atribui, assim, aos precedentes existentes, um peso argumentativo diferenciado. A questão se resolve com base na sua validade, e não na sua capacidade de orientar. Um precedente que solucionou um caso não idêntico não vale para um caso novo, e isso afasta qualquer influência que casos anteriores poderiam ter para a nova tomada de decisão.

Elementos institucionais do tribunal, como o modo como ele é organizado, ou como se dá o processo decisório, são importantes fatores que mantêm o uso de precedentes baseado unicamente na solução encontrada para os casos anteriores. Entretanto, a predominância da função de reiteração não pode ser atribuída unicamente a fatores institucionais, mas como decorrência de um apego a uma visão estritamente positivista de precedentes. Essa visão conflita com a posição na qual o STF se encontra hoje no cenário jurídico brasileiro. A centralidade que o tribunal ocupa no cenário jurídico e político se cristalizou nas últimas décadas, mas suas técnicas decisórias mantiveram-se as mesmas.

Essa dificuldade em enxergar o potencial de impacto que suas decisões poderiam ter, se tomadas de um modo mais consistente e explicitamente coerente com as decisões passadas, tornariam o Supremo mais relevante do ponto de vista da criação do direito. Pode-se dizer assim que a consolidação do papel de uma corte constitucional por parte do STF continua mitigada no cenário jurídico brasileiro, entre outras razões, pela falta da sinalização, a ser feita pela própria corte, de decisões que não só são coerentes com as decisões passadas, mas que são apontadas pelo próprio tribunal como marcos de desenvolvimento argumentativo do direito.

Em outras palavras, a solução de casos pontuais já chama a atenção do público, atrai a sociedade organizada e a mídia em geral. No entanto, as consequências jurídicas das decisões do STF, mesmo em se tratando de controle concentrado, são ainda percebidas pela comunidade jurídica como decisões *ad hoc*, que pouco se comunicam com decisões futuras e com o estabelecimento de marcos reais do sistema jurídico. Essa é a alteração que mudaria o modo como suas decisões afetariam a cultura jurídica brasileira, não mais decidindo apenas caso a caso, mas de fato transformando o direito e desenvolvendo o sistema jurídico de uma maneira madura e coerente com o passado. Essa mudança, no

entanto, não depende de alterações formais das regras jurídicas mas de uma alteração interna da corte e da cultura jurídica que a cerca. Estaria nas mãos do próprio STF se tornar mais essencial do que ele já é.

O STF, por meio de suas decisões, cumpre seu papel de determinação do que a constituição é ou não é, interpretando seus dispositivos conforme eles são questionados nos casos que acessam a corte. Dentro das distinções feitas nesta tese, de um lado encontramos um Supremo que interpreta e aplica o direito, via de regra, de um modo coerente e seqüencial, reiterando um posicionamento adotado em um caso concreto sempre que se encontra diante das mesmas circunstâncias. De outro lado, quando essas circunstâncias exigem um tratamento mais criativo dos precedentes, já que muitas vezes soluções prontas não são suficientes para a resolução de todos os casos, o tribunal falha ao não reconhecer a necessidade de conectar decisões novas a posicionamentos antigos, o que não só representa uma limitação naquilo que o tribunal entende ser capaz de orientar novas decisões mas que também o coloca em uma posição de completa liberdade para decidir da forma como quiser. O não reconhecimento de precedentes o âmbito de discricionariedade do Supremo na decisão de casos difíceis. Nessas situações, a jurisprudência formada volta-se unicamente para dizer, em cada caso isoladamente, o que é o direito, não havendo um movimento de agregação de argumentos a cada caso que ele decide.

As preocupações que envolvem o juiz de um tribunal como o Supremo Tribunal Federal não devem se restringir ao uso do precedente em sua função de justificação das decisões da corte com relação ao passado, mas deve revelar sua consciência de que suas decisões contribuem para o desenvolvimento do direito. O respeito, ou a consideração, às decisões do STF pelas demais instâncias passa também pelo modo como essas mesmas decisões são respeitadas ou consideradas pelo próprio tribunal. Quando usa um precedente com uma maior clareza e com maior regularidade, o STF força a comunidade jurídica a olhar para essa decisão e considerá-la para ações futuras. O respeito não se restringe a uma exigência de igualdade ou universalidade das decisões do tribunal, ele contém elementos de organização do sistema judicial, eficiência decisória e reafirmação de autoridade.

Ao contrário do que muitas vezes é defendido, não há necessidade de adotar uma doutrina do precedente vinculante para a instituição de uma cultura de respeito ao precedente. É justamente a associação restritiva do conceito de precedente ao efeito

vinculatório que faz com que essa ferramenta perca sua utilidade quando casos com temáticas novas estão em julgamento. Precisamos reconhecer como vinculante não só o elemento dispositivo das decisões, e não por conta de uma regra externa, mas por meio da interpretação. A transformação substancial no tratamento do precedente, e que vai ao encontro das funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, é a incorporação de uma visão interpretativa de precedentes, que pode existir paralelamente à visão positivista. Dessa forma, a mudança estaria em reconhecer como precedentes os casos “parecidos” e não somente os idênticos. Essa incorporação implicaria na construção do direito também por meio de decisões do Supremo, como um processo sempre em desenvolvimento. Estabelecer regras é importante - e faz a atuação do judiciário mais controlada e coerente, mais eficiente. Mas sua função de participante no desenvolvimento de linhas interpretativas do direito que estão sempre abertas a novas leituras não pode ser ignorada.

Apêndice metodológico

1. A seleção das decisões que formam os mapas

O método utilizado para criação dos mapas foi inspirado por algumas pesquisas sobre precedentes em Supremas Cortes. Inicialmente buscou-se na pesquisa realizada por Diego López Medina³¹² um método para construção dos *contextos decisórios*, que em sua pesquisa é chamado de *nichos citacionais*. Em seu livro *El derecho de los jueces*, voltado a apresentar as recentes mudanças no direito colombiano após a Constituição de 1991, o autor identifica que um dos pontos fundamentais dessas mudanças é a reestruturação das fontes do direito constitucional com o posterior impacto nas práticas argumentativas e na sua incidência política. Assim, práticas e teorias são exploradas, fazendo-se um mapa dos pronunciamentos constitucionais, legislativos e jurisprudenciais nos quais vem sendo definido o valor do precedente judicial dentro do sistema de fontes do direito constitucional colombiano.

Dentre os diversos aspectos da jurisprudência constitucional comentados pelo autor, é apresentado no capítulo 5 da obra o que se denomina a “análise dinâmica de precedente” a fim de se construir, didaticamente, uma linha jurisprudencial. Muitos dos problemas narrados pelo autor para se identificar uma linha jurisprudencial na Colômbia estão presentes no cenário brasileiro³¹³. Por explicitar essas dificuldades e por apresentar uma possibilidade metodológica de superação de algumas dessas dificuldades, a forma como foi conduzida a pesquisa de precedentes sob coordenação de López Medina - por meio de tal “análise dinâmica” - foi aqui adotada a fim de inspirar o desenvolvimento de um método

³¹² Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, op.cit.

³¹³ Como exemplo, tem-se o comentário feito pelo autor a respeito da dificuldade de se identificar, em meio a tantas decisões tomadas pelo tribunal constitucional, quais são aquelas que inauguram uma linha jurisprudencial e que passam a ser tomadas como parâmetro de decisão pelo próprio tribunal: “Na Colômbia, infelizmente, a jurisprudência é tão volumosa e a análise de jurisprudencial que fazem seus editores tão tímida, que o trabalho de encontrar as sentenças *marco* pode ser difícil. Os indexadores utilizados para sistematizar a jurisprudência, por exemplo, organizando-a em torno de “direitos”, sistema conceitualista e de pouca utilidade para o operador jurídico que, sem necessidade de conhecer toda a jurisprudência, queira utilizá-la com rigor metodológico. Assim a referência aos indexadores da Corte, quase sempre convida a ler dezenas e, inclusive, centenas de sentenças”. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, op.cit, p.157, tradução livre. A grande quantidade de decisões tanto no tribunal colombiano, quanto no STF, faz necessária a elaboração de um método que permita essa identificação.

eficiente de identificação de linhas jurisprudenciais para a possibilidade de posterior análise de seu conteúdo.

A “análise dinâmica” feita pelo autor dá-se a partir da necessidade de se identificar quais são as decisões que figuram como marcos na jurisprudência da Corte. Decisões que se tornam parâmetro para novas tomadas de decisão e, e que são chamadas muitas vezes de *leading cases*. O autor volta-se, assim, à apresentação o que chamou de “alguns pequenos atalhos de pesquisa” que se mostram úteis e que quase sempre permitem reduzir a complexidade do material em análise mediante a identificação de sentenças-marco em cada linha jurisprudencial. Esta metodologia compreende três passos, assim denominados: (i) *o ponto arquimédico de apoio*; (ii) *engenharia reversa*; e (iii) *a teia e os pontos nodais de jurisprudência*. De um modo simplificado essas etapas consistem em:

(i) *o ponto arquimédico de apoio*: o nome da etapa faz referência à expressão atribuída a Arquimedes: “Dá-me um ponto de apoio e moverei o mundo”. Esse ponto é simplesmente uma decisão que dará início à busca das decisões marco de uma linha jurisprudencial - ou *leading cases* - e em sua sistematização em um gráfico de linha. O pesquisador deverá, portanto, encontrar uma primeira decisão (que é chamada pelo autor de “sentença arquimédica”) que cumpra com os seguintes requisitos: a. que seja o mais recente possível; e b. que, em seus fatos relevantes, tenha o mesmo padrão fático com relação ao caso submetido a pesquisa³¹⁴. Identificada uma decisão que se enquadre nessas especificações, passa-se ao segundo passo da pesquisa.

(ii) *A engenharia reversa*: consiste no estudo da estrutura de citações do ponto arquimédico. As próprias decisões dos tribunais normalmente têm uma certa compreensão de quais são as sentenças marco de uma linha. Por definição, uma sentença marco é aquela que pertence ao repertório freqüente de sentenças que a corte cita em decisões subseqüentes e, que provêem os parâmetros de análise do tema concreto que se estuda.

³¹⁴ De outra forma: a sentença arquimédica deve situar-se dentro do mesmo cenário constitucional apresentado no caso em estudo. Esta condição significa que a sentença não deve tratar só do direito abstrato ao “devido processo legal” ou, em qualquer caso, ao “direito a intimidade” mas que os fatos ali discutidos se pareçam suficientemente aos fatos materiais ou relevantes ao caso em exame. Assim, por exemplo, uma sentença recente sobre a questão das condições necessárias para que uma pessoa submetida a investigação penal conte com “direito à defesa e à assistência de um advogado escolhido por ele” na etapa de pesquisa preliminar será muito mais pertinente que uma em que se examine o princípio de reserva penal, mesmo ambos os temas estando genericamente contidos no conceito constitucional do “devido processo legal”. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, op.cit., p.168, tradução livre.

Antes de começar a analisar a sentença arquimédica em profundidade, o pesquisador deve fazer uma lista das citações jurisprudenciais que a ela contém. Com essas novas referências, o pesquisador pode replicar o procedimento até que forme um “nicho citacional” suficientemente amplo.

A compreensão dessa engenharia reversa fica mais fácil quando se toma um exemplo concreto em que tal etapa já tenha sido concluída. O livro apresenta um exemplo de caso em que foi feita tal pesquisa, mas o caso aqui utilizado como exemplo será proveniente do STF.

O problema jurídico escolhido para esse exemplo é o relativo às imunidades parlamentares, mais precisamente a inviolabilidade parlamentar ou imunidade material como é comumente chamada. A tarefa de encontrar a linha jurisprudencial referente ao problema da determinação de quais manifestações feitas por um parlamentar são cobertas pela imunidade decorrente de sua função começa, assim, pela identificação de uma decisão recente e que mais se aproxime dos elementos fáticos presentes no problema que se pretende solucionar. Ao se fazer uma pesquisa nos próprios Informativos do STF, tem-se a sentença do Inquérito 2330, decidido no ano de 2008. Após identificação dessa sentença (que de acordo com a denominação de Lopez Medina é chamada de sentença arquimédica), passa-se à listagem dos precedentes citados por ela. Essa listagem pode ser apresentada graficamente, como mostra a figura a seguir:

					Inq 2330 (2008)								
59290; RHC 61993; RHC 83091; Inq	Inq 396 QO (1989)	Inq 510 (1991)	QC 472 (1990)	Inq 681 QO (1994)	Inq 1775 AgR (2001)	Inq 126 (1982)	Inq 390 QO (1989)	Inq 579 (1992)	Inq 874 AgR (1995)	HC 74125 (1996)	HC 74201 (1996)	Inq 810 QO (1994)	Inq 1958 (2003)

A partir dessa identificação, e da verificação da proximidade fática dos casos encontrados, pode-se proceder a identificação dos precedentes citados por cada uma dessas decisões. No caso do exemplo, a primeira célula à esquerda contém as decisões citadas que não se referem especificamente ao problema em questão. São precedentes relativos a questões formais ou adjacentes que não trazem quaisquer acréscimos ou justificativas ao ponto que se pesquisa, a extensão da inviolabilidade parlamentar.

A próxima listagem de citações é feita da seguinte maneira: cada uma das decisões citadas no Inq 2330 (a decisão original) mantém-se na primeira fila do quadro. Os precedentes citados (em vermelho) por cada uma delas é colocado logo abaixo da decisão

em que se encontra, de modo a formar colunas. Assim fica nítido perceber, por exemplo, que a decisão do Inq 1775, de 2001, citou como precedentes as decisões do Inq 390, Inq 396, Inq 579, Inq 810 QO, Inq 874 AgR e o Inq 510, representadas na figura a seguir:

					Inq 2330 (2008)								
59290; RHC 61993; RHC 83091; Inq	Inq 396 QO (1989)	Inq 510 (1991)	QC 472 (1990)	Inq 681 QO (1994)	Inq 1775 AgR (2001)	Inq 126 (1982)	Inq 390 QO (1989)	Inq 579 (1992)	Inq 874 AgR (1995)	HC 74125 (1996)	HC 74201 (1996)	Inq 810 QO (1994)	Inq 1958 (2003)
	AP 292 (1989)	AP 219 (RTJ 70/607)	sem citação de precedentes	QC 472	Inq 390 QO	sem citação de precedentes	Inq 396 (1989)	sem citação de precedentes	Inq 810 QO	Inq 510 (1991)	HC 70352 (RTJ 151/193-194)	sem citação de precedentes	Inq 803 (1995)
	AP (219 RTJ 70/607)	Inq 396 (1989)		RTJ 142/355	Inq 396 (1989)				Inq 510 (1991)	Inq 579 (1992)			AP 292 (1989)
	RDA 151/141	RDA 151/141; Inq		Inq 510	Inq 579 (1992)				Inq 624	Inq 396 (1989)			Inq 390 QO
				Inq 390 QO	Inq 810 QO				RHC 61993				AP 396
				Inq 396 QO (1989)	Inq 874 AgR				Inq 390 QO				Inq 1710
				QC 472 (RTJ 133/90)	Inq 510 (1991)				Inq 396 (1989)				Inq 617
									QC 681				HC 3535 (1914)
									AP 306				
									AP 311				

Do modo como essa figura se apresenta não é possível verificar quais foram os temas ou problemas presentes em cada um desses precedentes. Até mesmo o tipo de análise que se propõe nesse momento da busca pela linha de precedentes não inclui a leitura atenta e profunda das decisões. Essa primeira etapa de pesquisa pretende exclusivamente identificar as decisões mais citadas e compreender como se dá a sistemática de citações do tribunal. Ainda assim, uma primeira leitura permite verificar quais são das decisões encontradas têm relevância para a solução do problema da extensão da inviolabilidade parlamentar. Dessa forma, pode-se, também graficamente, representar essa exclusão de casos que não se referem ao núcleo da questão, deixando o gráfico acima assim representado:

					Inq 2330 (2008)								
59290; RHC 61993; RHC 83091; Inq	Inq 396 QO (1989)	Inq 510 (1991)	QC 472 (1990)	Inq 681 QO (1994)	Inq 1775 AgR (2001)	Inq 126 (1982)	Inq 390 QO (1989)	Inq 579 (1992)	Inq 874 AgR (1995)	HC 74125 (1996)	HC 74201 (1996)	Inq 810 QO (1994)	Inq 1958 (2003)
	AP 292 (1989)	AP 219 (RTJ 70/607)	sem citação de precedentes	QC 472	Inq 390 QO	sem citação de precedentes	Inq 396 (1989)	sem citação de precedentes	Inq 810 QO	Inq 510 (1991)	HC 70352 (RTJ 151/193-194)	sem citação de precedentes	Inq 803 (1995)
	AP 219 (RTJ 70/607)	Inq 396 (1989)		QC 609 (RTJ 142/355)	Inq 396 (1989)				Inq 510 (1991)	Inq 579 (1992)			AP 292 (1989)
	RDA 151/141	RDA 151/141; Inq		Inq 510	Inq 579 (1992)				Inq 624	Inq 396 (1989)			Inq 390 QO
				Inq 390 QO	Inq 810 QO				RHC 61993				AP 396
				Inq 396 QO (1989)	Inq 874 AgR				Inq 390 QO				Inq 1710
				QC 472 (RTJ 133/90)	Inq 510 (1991)				Inq 396 (1989)				Inq 617
									QC 681				HC 3535 (1914)
									AP 306				
									AP 311				

Essa maneira gráfica de apresentar a primeira linha da cadeia de precedentes permite a identificação tanto de decisões recorrentes como também, entre estas, quais são as mais representativas na formação da linha/rede. No caso, pode-se perceber que a decisão do Inquérito 396, em verde, é o mais citado (foi usado como precedente sete vezes), bem como um dos mais antigos do esquema, tendo sido decidido em 1989, logo após a promulgação da Constituição de 1988. A partir dessas informações tem-se já indícios que permitem supor que esta decisão inaugura um certo entendimento sobre o tema em análise e que pode ser colocado, nesse primeiro momento, como um possível *leading case* para o tema. Além dele, outras decisões figuram como as mais relevantes nessa rede de precedentes. A questão de ordem no Inq 390, em roxo, apesar de menos citado que o Inq 396, tendo sido mencionado em apenas cinco decisões posteriores também merece uma análise mais aprofundada. Percebe-se, pelo esquema, que tal sentença foi utilizada como precedente pela própria decisão do Inq 390, o que dá mais indícios de serem essas as decisões marco da questão.

(iii) *a teia e os pontos nodais de jurisprudência*: deve-se analisar com profundidade essa estrutura de citações formado mediante a análise das sentenças. López Medina afirma que para sua surpresa [o pesquisador] chegará a conclusão de que a análise dessa estrutura de citações não conduz a uma massa amplíssima de sentenças, mas que, pelo contrário, acaba sublinhando a existência de alguns “pontos nodais” dentro dessas estruturas. Ao se colocar o ambiente de citações em forma gráfica, vê-se que alguns certos pontos estão freqüentemente citados em um grande número de sentenças. Este gráfico acaba se parecendo com uma teia citacional. Estes pontos nodais, que inclusive em linhas abundantes e complexas não são muitos. Esta metodologia, como se vê, reduz a massa de

processos, de um material extremamente extenso, a um pequeno número de decisões nas quais se define e dá contorno às sub-regras³¹⁵.

Na pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal, foram selecionadas no total 265 decisões, chamadas aqui de casos originais (os “pontos arquimédicos de apoio”, segundo López Medina). Essas decisões contêm 1362 citações de precedentes, que por sua vez contêm, no total, 4567 citações, como se vê no quadro abaixo.

direito	casos originais	precedentes de 1º grau	precedentes de 2º grau
meio ambiente	5	33	167
depositário infiel	29	200	1047
direito a honra	6	15	59
direito a informação	5	27	104
direito à vida	3	49	230
direitos dos índios	22	105	301
eca	3	9	101
direito de greve	3	31	146
igualdade	38	223	1103
direito a intimidade	48	203	227
inviolabilidade parlamentar	13	135	335
direito de propriedade	62	242	515

Tabela 1 - Catalogação dos dois graus de citação das decisões presentes nos Informativos

É importante observar que os dados referentes às citações de primeiro e segundo graus não representam o número de decisões do STF em cada um desses temas, mas sim a quantidade de citações de precedentes feitas. Esse número puro não permite muitas conclusões sobre o padrão de citação de precedentes do STF, já que cada citação pode se

³¹⁵ O recurso à figura da teia não é utilizada somente por López Medina. Ao contrário do que a expressão “linha de precedente” sugere, a melhor representação do modo como as decisões de um tribunal se organizam dinamicamente é a forma de teia. O emaranhado de decisões, aparentemente caótico, pode ser desconstruído e organizado da maneira como descrita acima. Ao tratar das decisões do Tribunal Constitucional alemão, Robert Alexy menciona o formato de rede, de modo a ilustrar a massa de decisões tomadas por um tribunal: “Se reuníssemos todas as regras de decisão [precedentes] do Tribunal Constitucional Federal seria possível obter uma rede de normas relativamente abrangente e densa. (...) Cada nova decisão contribui para uma maior densidade.” Teoria dos Direitos Fundamentais, p.558. Da mesma maneira a pesquisa desenvolvida na Suprema Corte americana por James H. Fowler e Sangick, Jeon, “The authority of Supreme Court precedente, in Social Networks 30, 2008, 16-30. A pesquisa envolveu a determinação de quais decisões eram mais utilizadas como precedente nas decisões da corte e o gráfico de rede é o mais indicado para ilustrar esse emaranhado de decisões, nas quais não só uma decisão leva a outra mas diversas decisões são utilizadas em conjunto e de modo não linear, a fim de orientar e fundamentar os novos casos.

referir a um caso diferente, ou muitas citações podem ser referentes a um único caso. Uma média feita entre o número de casos originais e o número de citações de precedentes mostra uma média de 4 citações por decisão. Isso, por si só, não aponta para qualquer significado a respeito da importância do precedente nas decisões, somente indica um número relativamente considerável de citações de precedentes feita pelo STF, o que deixa praticamente impossível ignorar o uso de precedentes pelo tribunal. Uma das formas de compreender o que esses números significam será a análise dos mapas de precedentes, que mostrará o modo como essas decisões estão conectadas, bem como a leitura dos casos, que permitirá uma análise qualitativa detalhada do uso desses precedentes.

2. A elaboração dos gráficos de rede

Após a seleção dos dados para a criação dos *contextos decisórios*, ou *nichos citacionais*, buscou-se uma forma mais eficiente de organização e visualização desses dados. A intenção da elaboração dos gráficos de rede não se deve tanto à possibilidade de visualização dos mapas, mas antes como forma de identificar quais eram as relações estabelecidas entre os *contextos decisórios* encontrados. Ao se catalogar as decisões de acordo com o método proposto por López Medina, o máximo que se consegue é observar, a partir de uma decisão em particular, quais são as relações entre os precedentes citados por ela. Para um grau maior de complexidade na elaboração desses *contextos decisórios* foi preciso recorrer a outro meio de organização dos dados.

Os diagramas de rede apresentados no Capítulo 2 foram criados por meio do software UCINET, desenvolvido por Freeman, Borgatti, and Everett³¹⁶. Além do software e seu guia de uso, o livro *Introduction to social network methods*, de Robert Hanneman and Mark Riddle³¹⁷, foi essencial para a compreensão das possibilidades de análise do universo pesquisado. Dadas as diferenças de premissas e tipos de análises possíveis a partir do uso e da pesquisa em redes sociais, algumas explicações serão aqui apresentadas, a fim de permitir uma melhor leitura dos dados e conclusões da tese. Para maiores

³¹⁶ <http://www.analytictech.com/ucinet/>

³¹⁷ Trata-se de um livro disponível online em: <http://faculty.ucr.edu/~hanneman/>

aprofundamentos a respeito da análise de redes sociais recomenda-se a leitura do livro supra-citado.

Apesar dos dados das redes sociais não serem em nada diferentes dos dados utilizados em pesquisas de estruturas mais tradicionais, alguns elementos desenvolvidos pela pesquisa em redes sociais acabam parecendo bem diferentes das planilhas normalmente apresentadas. Algumas dessas diferenças não são conhecidas e a não apresentação de algumas premissas desse tipo de abordagem pode dar margem a questionamentos a respeito da validade dos dados apresentados.

O que se busca na análise das redes é perceber a conexão que existe entre os elementos pesquisados (entre os membros do universo de pesquisa, os membros de uma população qualquer). Esses elementos podem ser pessoas, casos, objetos, palavras em um texto ou, no caso desta tese, decisões judiciais. Assim, um dos principais focos da pesquisa em redes é justamente determinar onde e como os elementos estão localizados na rede elaborada.

Alem da identificação de elementos dentro de uma rede, é possível também olhar para a rede como um todo e analisá-la. Uma maior densidade da rede mostra um maior numero de conexões existentes entre os elementos de uma população, enquanto que uma população com menores conexões entre seus membros apresentará uma rede menos densa, mais solta. Para esse tipo de pesquisa, atores e relações são igualmente relevantes.

O universo, ou população, delimitado nesta pesquisa decorreu da utilização da combinação de filtros já dados pelo tribunal e de elementos por mim selecionados a fim de permitir a inclusão do maior número possível de decisões mas que, ao mesmo tempo, fosse possível de serem analisadas no âmbito de uma pesquisa individual.

Assim, foram utilizadas para a criação dos mapas de citação as decisões que foram publicadas no Informativo semanal do Supremo Tribunal Federal, publicação que se inicia em meados de 1995, a partir do qual selecionei as decisões em que era possível identificar um conflito de direitos fundamentais, especificamente direitos individuais. Por meio dessa seleção não priorizei direitos que estivessem mais ou menos regulamentados, sendo essa uma característica que poderia ser analisada em termos de diferenças no modo de utilização de precedentes. A partir dessa seleção, as decisões foram agrupadas de acordo

com o tipo de direito que envolviam, sendo dessa forma criado o primeiro grupo de atores da rede.

Esse modo de criar o universo de atores deixa de lado alguns elementos do universo total de decisões do STF. Este universo englobaria todas as decisões do tribunal e todas as relações existentes entre elas, o que permite concluir que a inclusão de critérios de seleção de decisões já implica em uma interferência por parte do pesquisador no universo “natural” de decisões proferidas pela corte. A visualização da rede total das decisões pesquisadas permitiria a identificação de múltiplas redes internas. Isso porque dentro do universo global das decisões do STF há núcleos de citação, determinados frequentemente pelo tema/direito envolvido na disputa, que permitem que se identifique os temas em que mais recorrentemente os ministros se apóiam em precedentes e as relações dessas decisões entre si. Olhar para a rede global das decisões permite compreender que na jurisprudência do tribunal há inúmeras redes, e redes dentro de redes, que se comunicam com maior ou menor grau de intensidade. Mapear essas relações entre as redes depende de métodos variados e permitiria um aprofundamento na compreensão do comportamento decisório da corte.

A partir da criação do primeiro grupo de atores da rede, um segundo nível de atores foi incluído. O método utilizado nesta etapa de identificação de atores, assim como na seguinte, é chamado de bola de neve³¹⁸ pois parte-se de um ator determinado (ou um grupo de atores) e faz-se uma lista das relações que eles tem. Faz-se então uma lista dos indivíduos mencionados e busca-se as relações destes indivíduos. O método potencialmente não tem fim, ou termina quando todos os indivíduos de uma determinada população são identificados. No caso das decisões do STF foram criados dois níveis além das decisões encontradas nos informativos. Isso significa que a partir de um primeiro grupo foram identificados um segundo e um terceiro grupo de decisões.

Por ser mais simples do que a criação da rede completa do tribunal, que envolveria a pesquisa de todas as decisões do STF e do mapeamento de todas as relações existentes entre elas, algumas limitações são inerentes à pesquisa aqui realizada. Perde-se a possibilidade de identificar as decisões que não tem relações - decisões que não são citadas

³¹⁸ A descrição detalhada do método encontra-se em: *Snowball methods, Introduction to Social Network Methods*, cap.9, p.7 e 8. Essa etapa aproxima-se do que López Medina chama de engenharia reversa, já que busca identificar os precedentes nos quais cada decisão se apoiou.

por nenhuma outra, diminuindo o universo identificado das decisões do STF sobre determinado tema e podendo dar a entender que todas as decisões do tribunal são conectadas entre si³¹⁹.

A lista contendo os três níveis de decisões foram organizadas de modo a formarem matrizes para a criação dos gráficos. Os gráficos, ou mapas, são então formados por todos os atores identificados nos três níveis de busca, além das relações existentes entre eles. Cada ator é um ponto no mapa e cada flecha indica a existência de uma citação (relação). A direção da seta indica o precedente citado. Ou seja, na relação abaixo, um esquema simples que contém decisões de direito de imagem, a decisão original RE 215984 citou os casos RE 95872, o RE 172720 e o RE 192593.

Cada flecha no gráfico identifica, portanto, uma relação de precedente. Essa relação existirá sempre que o caso identificado citar um precedente.

Por ser uma medida binária, sim ou não, não é possível medir qualitativamente o tipo de relação de precedentes que existe entre os casos. Esse tipo de avaliação só é possível com a análise qualitativa das decisões, que foi feita, por exemplo, por Diego Lopez Medina com relação às decisões da Corte Constitucional colombiana³²⁰. Esse tipo de análise, com

³¹⁹ Para diminuir essa impressão foi apresentada, ao lado de cada rede, a quantidade de decisões sobre o mesmo tema foram encontradas ao se fazer uma pesquisa livre na jurisprudência. Isso permite uma melhor compreensão do mapa, tendo ao menos uma perspectiva do quanto ele representa com relação à jurisprudência total do tema.

³²⁰ *El derecho de los jueces*, cap.5. Nessa obra, o autor classifica as citações de precedentes das três cortes superiores da Colômbia por meio da comparação entre os argumentos presentes na decisão pesquisada e o tipo de aproximação que estas tinham com relação aos precedentes que citavam. As citações podiam ser analógicas x, analógicas y, conceituais e caóticas.

relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, foi realizado no capítulo 5 da presente tese, no qual os precedentes foram analisados com base no modo como a citação estava presente na argumentação.

Apesar da citação de precedentes ser algo claramente dependente do tempo³²¹, esse não foi um elemento classificado na pesquisa. A identificação dos atores por tipo de ação e número permite somente estabelecer padrões relativos ao tipo de decisão citada.

	número de decisões no mapa	número de relações de precedente	coeficiente
meio ambiente	177	192	1,08
depositário infiel	231	430	1,86
honra	74	71	0,959
informação	113	126	1,12
vida	193	273	1,41
direito de reunião	40	44	1
índios	339	424	1,25
criança e adolescente	85	104	1,22
greve	107	167	1,6
igualdade	601	905	1,51
intimidade	489	599	1,22
inviolabilidade parlamentar	135	312	2,31
liberdade de associação	30	27	1
propriedade	424	542	1,28

Tabela 2 - Decisões e relações de precedentes em cada mapa

³²¹ James H. Fowler, Sangick Jeon. “The authority of Supreme Court precedent”, in *Social Networks* 30, 2008, 16–30

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. “The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality”, in *Ratio Juris*, Vol. 3, n. 1-bis, 1990, p. 130-147.

ALEXY, Robert. “Postfacio: Respuesta a algunos críticos”, in ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*. Trans. M. Atienza and I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989

_____. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, in. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 17-64.

_____. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Trad. Luís Afonso Heck, in *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, 1999, p.55-66.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Ed., 2001

_____. “Los derechos fundamentales em el Estado cosntitucional democrático”, in CARBONEL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005, 2.ed, p. 31-48.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. “Constituição, Governo e Democracia no Brasil”, in *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, Vol. 21 n. 61, 2006.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. “A Constituição sem fim” in PRAÇA, Sergio & DINIZ, Simone (orgs.). *Vinte anos de Constituição*. São Paulo: Paulus, 2008.

ATIENZA, Manuel. “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, in *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 2, 1985,p. 223-229.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAADE, Hans W. “Stare Decisis in Civil Law Countries: The Last Bastion”, in. BIRKS, Peter; PRETTO, Arianna (orgs). *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*. Oxford: OUP, 2002, p. 3-20.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. "Precedent in the United Kingdom", in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 315-54.

BARCELÓ, John J. "Precedent in European Community Law", in. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 407-36.

BARROS, Sérgio Resende de. "Função do Senado no Controle de Constitucionalidade", in *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n.91, p.261-266, set.2003

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004

_____. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo do direito constitucional no Brasil)", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.240, 2005, p.1-42.

_____. "Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais", in *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.2, abr-jun/2006, p.261-288.

BELL, John. "Reflections on continental European Supreme Courts", in *Legal Studies*, 24, 2004, p. 156–168.

BENNETI, Sidnei Agostinho. "Doutrina de precedentes e organização do Judiciário", In FUX, Luiz; NERY JR. Jr, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.473-516.

BERGHOLTZ, Gunnar; PECZERNIK, Aleksander. Precedent in Sweeden, in. MacCormick, Neil; SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 293-314.

BERNAL PULIDO, Carlos. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", in *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 193-227.

BERNARDES, Juliano Taveira. "Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes", in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.), *Leituras complementares de direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 115-133.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINGHAM, Tom. “A new Common Law for Europe”, in MARKESINIS, Basil (org). *The coming together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 27-35.

_____. “‘There is a World Elsewhere’: The changing perspectives of English Law”, in *The Business of Judging – Selected Essays and Speeches*. Oxford: OUP, 2000, p. 87-102.

_____. “The Future of the Common Law”, in *The Business of Judging – Selected Essays and Speeches*, Oxford: OUP, 2000, p. 375-89.

_____. *The Rule of Law*, London: Allen Lane, 2010.

BLOOM-COOPER, Dickson & DREWRY, Garvin. *The Judicial House of Lords 1876-2009*. New York: Oxford University Press, 2009.

BLOOM-COOPER, Dickson & DREWRY, Garvin. *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford: Clarendon Press, 1972.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Unb, 1997.

BOGDANOR, Vernon. “Accountability and the Media: “Parliament and the Judiciary: The Problem of Accountability”, Lecture at the United Kingdom Public Administration Consortium (UKPAC), February 9th 2006. Disponível em http://www.ukpac.org/bogdanor_speech.htm

BREWER, Scott. “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, in *Harvard Law Review*, Vol. 109, number 5, 1996, p. 923-1038.

BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, Arnold D. *Roman Law and Common Law – A Comparison in Outline*. London: Cambridge Univ. Press, 1936.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, Denis Franco. “Prospective Overruling: How and Why it Should be Applied? (The example of the Brazilian Legal System)”, in. AGUILLÓ

REGLA, Josep (org.). *Logic, Argumentation and Interpretation - Proceedings of the 22nd IVR World Congress – Granada 2005. Volume V*, in. *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie – Beihefte Band 110*, p. 120-124.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “Lei nº9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.59, 2000, p.113-123.

_____. *Uma teoria normativa do precedente judicial – o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference – or no Difference at All?”, in. BERNSTEIN, Herbert; DROBNING, Ulrich; KOTZ, Hein (orgs.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 381-393.

CASTRO, Marcus Faro de. “Política e economia no Judiciário: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos partidos políticos”, *Caderno de Ciência Política da UnB*, n.7, 1993, Brasília.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual, 2004.

COLE, Charles D., “Stare Decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.87, n.752, p.11-21, jun.1998.

CONSTITUTION UNIT, “Reforming the Lords: A step by step guide”, Constitution Unit, School of Public Policy, UCL, 1998.

COOPER, Thomas Mackay. “The Common Law and the Civil Law – A Scot’s view”, in *Harvard Law Review*, Vol. 63, p.468-75, 1950.

CRETNEY, S.M. and REYNOLDS, F.M.B. “Limits of the Judicial Function”, in 116 *Law Quarterly Review*, 2000, p.181-185.

CROSS, Frank B., SPRIGGS, James F., et al., “Citations in the US Supreme Court: an empirical Study of their use and significance”, in *University of Illinois Law Review*, p. 489-576, 2010. Disponível em: <http://www.polisci.umn.edu/~tjohnson/MyPapers/Cross.pdf>

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968.

CROSS, Rupert and HARRIS, J. W., *Precedent in English Law*, 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro, *Reclamação constitucional do direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DENNIS, James L. Interpretation and Application of the Civil Code and the evaluation of Judicial Precedent, 54 *Louisiana Law Review* 1, September, 1993

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica), Artigos Direito GV, Working paper nº17, 2008, Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>

DUXBURY, Neil. “Why English Jurisprudence is Analytical”, in *Current Legal Problems*, Vol. 57, 2004, p. 1-51.

_____. *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, 2008.

_____. “Lord Wright and Innovative Traditionalism”, LSE Law, Society and Economy Working Papers 11/2009. London School of Economics and Political Science, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Laws Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDMUNDSON, William A., “Schauer on Precedent in the U.S. Supreme Court”, in *Georgia State University Law Review*, Forthcoming, 2008. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1143491>

EVANS, Jim. “Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century”, in Goldstein, Laurence (org). *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon, 1987, p. 35-72.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

FLEISHER, Madeline. “Judicial decision making under the microscope: Moving beyond politics versus precedent”, 60 *Rutgers Law Review*, 2008, p.919-969.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. “Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis”, in *International Review of Law and Economics*, 26, 2006, p.519–535.

FOWLER, James H.; JEON, Sangick. “The authority of Supreme Court precedent”, in *Social Networks* 30, 2008, 16–30.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GALLO, Antônio Felipe A., “A lei como fonte principal do direito inglês nos dias de hoje”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.28, n.110, abr-jun/2003, p.141-158.

GASCON ABELAN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GOODHART, Arthur L., “Determining the ratio decidendi of a case”, in *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1929, p. 1-26.

_____. *Precedent in English and Continental Law – An Inaugural Lecture before the University of Oxford*. London: Stevens and Sons, 1934.

GRAU, Eros Roberto. “Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante””, in *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.16, 1996, p.31-38

GUASTINI, Riccardo. “On the Theory of Legal Sources. A Continental Point of View”, in *Ratio Juris*, Vol. 20, n. 2, 2007, p. 302-9.

HALE, Brenda. “A Supreme Judicial Leader”, in CANIVET, Guy; ANDENAS, Madsand and FAIRGRIEVE, Duncan (eds), *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, New York: Oxford University Press, 2009, p.209-221.

_____. “A Supreme Court for the UK?”, *Legal Studies*, vol 24, Issues 1-2, March 2004

HALL, Matthew. “Bringing Down Brown: Super Precedents, Myths of Rediscovery and the Retroactive Canonization of Brown v. Board of Education.” *Journal of Law and Policy* 18(2), 2010, p.655-70.

HANNEMAN, Robert, e RIDDLE Mark, *Introduction to social network methods*, Riverside, CA: University of California, Riverside, 2005. Disponível online em: <http://faculty.ucr.edu/~hanneman/>

HARRIS, J. W., “Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, 1990, p. 135-99.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, 2. ed. Oxford: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HATHAWAY, Oona A. “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”, 86 *Iowa Law Review*, 2001, p.100-165.

HENRY, Robert. “Jurisprudence Constante and Stare Decisis contrasted”, 15 A.B.A. J. 11, 1929.

ITURRALDE SESMA, Victoria, Judicial Decisions as a Source of Law in Civil Law: The Spanish Case, in. Attwool, Elspeth; Comanducci, Paolo (orgs.), *Sources of Law and Legislation – Proceedings of the 17th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, Bologna, June 16-21, 1995, Vol III, in. ASRSP-B, Vol. 60, p. 132-141.

JOWELL, Jeffrey L., OLIVER, Dawn (eds.), *The Changing Constitution*, New York: Oxford University Press, 2004.

JOWELL, Jeffrey. “The Venice Comission: disseminating democracy through law”, in *Public Law* 2001, p.675-683. Disponível em: http://www.venice.coe.int/site/articles/Jowell_Venice.pdf

JULIANI, Cristiano Reis. “A nova redação do Art.555, CPC e a uniformização da jurisprudência”, in *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.30, n.89, mar.2003, p.29-36.

KNIGHT, Jack and EPSTEIN, Lee. “The norm of stare decisis”, in *American Journal of Political Science*, Vol. 40, No. 4, Nov. 1996, pp. 1018-1035.

KOERNER, Andrei, et al., “Pensamento Jurídico e Decisão Judicial: o processo de controle concentrado em decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988”, artigo apresentado ao 31º Encontro Anual da ANPOCS, 2007, Caxambu-MG.

KRITZER, Herbert M. and Mark J. RICHARDS. “Jurisprudencial Regimes and Supreme Court Decisionmaking: The Lemon Regime and Establishment Clause Cases”, *Law & Society Review*, Vol. 37, No. 4, Dec., 2003, p.827-840.

LE SUEUR, Andrew and CORNES, Richard. “What do the Top Courts Do?” *Constitution Unit*, June 2000. Disponível em <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications>

LE SUEUR, Andrew (ed.) *Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. “A Report on Six Seminars About the UK Supreme Court”. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324749

_____. “Developing Mechanisms for judicial accountability in the UK”, *Legal Studies*, Volume 24, Issue 1-2, March 2004, p. 73-98.

_____. “From Appellate Committee to Supreme Court: a Narrative”, in BLOM-COOPER *at al*, *The Judicial House of Lords 1876 - 2009*, Oxford: OUP, 2009.

LOBO, Jorge. “O sistema jurídico americano: a crescente importância da legislação e o especial significado da decisão judicial”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.79, n.654, 1990, p. 38-51.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo; GORDILLO, Roberto. “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, in *Revista de Derecho Público*, n. 15, 2002, p. 3-47.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2009.

_____. *Teoria Impura del Derecho - La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2004.

LORD GOFF of CHIEVELEY. "The Future of the common law", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 46, 1997, p.745-760.

LOUGHLIN, Martin. *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Oxford: Hart, 2000.

MACCORMICK, Neil, *Retórica e o Estado de Direito*, Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. "Why cases have rationes and what these are", in GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon, 1987, p. 153-82.

_____. "Precedent as a Source of Law", in Attwool, Elspeth; Comanducci, Paolo (orgs.), *Sources of Law and Legislation: Proceedings of the 17th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, Bologna, June 16-21, 1995, in. ARSP-B, Vol. 69, p. 177-85.

MALLESON, Kate. "Is the Supreme Court a Constitutional Court in all but name?", Lecture at The Supreme Court: An Assessment of the First Year Seminar, Queen Mary, London University, 03 November 2010

_____. "Modernising the Constitution: Completing the Unfinished business", in *Legal Studies*, vol 24, Issues 1-2, March 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. "Súmula Vinculante e a EC 45/2004", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues et al (org.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.685-719.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil", in Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2009, p. 11-58.

MARSHALL, Geoffrey. "What is Binding in a Precedent", in. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (orgs.), *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 503-517.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese (Doutorado em Direito) Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99", in *Revista diálogo jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n.11, fev/2002.

_____. "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v.162, 2004, p.149-168

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira e PFLUG, Samantha. "Passado e futuro da Súmula Vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004". In: Sérgio Rabello Tamm Renault; Pierpaolo Bottini. (Org.). *Reforma do Judiciário*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 327-375.

MERRYMAN, John. "On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law", in CAPELLETTI, Mauro (ed.) *New perspectives for a common law of europe*, 1978, p.198.

MINZNER, Max. "Saving Stare Decisis: Preclusion, Precedent, and Procedural Due Process", 2010 B.Y.U. L. Rev. 597 (2010).

MONTROSE, J. L.. "Ratio Decidendi and the House of Lords", in *Modern Law Review*, Vol. 20, 1957, p. 124-30.

MORAL SORIANO, Leonor. "The use of precedents as arguments of authority, arguments ab exemplo, and arguments of reason in civil law systems", in *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1 Março 1998, p. 90-102.

_____. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

_____. "A modest notion of coherence in legal reasoning. A model for the European Court of Justice", in *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 3, Set 2003, pp.296–323.

PIANA, Daniela. "Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality", in *Comparative Sociology* 9, 2010, 40-64.

POOLE, Thomas. 'Questioning Common Law Constitutionalism', in 25 *Legal Studies*, 2005, p.142-163.

POSNER, Richard. "What Judges Maximise" in *Overcoming Law*, Harvard, 1995, p. 109-44.

RE, Edwald D. "Stare decisis", in *Revista de Processo*, São Paulo, v.19, n.73, jan-mar/1994, p.47-54.

ROBERTSON, David. "The House of Lords as a Political and Constitutional Court: Lessons from the Pinochet case", in WOODHOUSE, Diana (ed.), *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

_____. *Judicial discretion in the House of Lords*, Oxford: OUP, 1998.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PUSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3º Congresso Latino Americano de Ciência Política promovido pela ALACIP – Associação latino-Americana de Ciência Política, Campinas, Brasil, 2006.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Equality before the Law and Precedent", in *Ratio Juris*, Vol. 10, n. 4, December 1997, p. 372–91.

SAPETH, Harold J. e SEGAL, Jeffrey A., *Majority rule or minority will: Adherence to precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge University Press, 2001.

SCAFF, Fernando Facury, MAUÉS, Antonio G. Moreira. "A trajetória brasileira da busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues et al (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.225-242

SCHAUER, Frederick. "Precedent", in *Stanford Law Review*, 39, 1987, p. 571-605.

_____. "Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy", in 3 *Persp. on Psychol. Sci.* 454, 2008. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001

_____. “Has precedent really mattered in the Supreme Court?”, in 24 *Georgia State University Law Review* 381, 2007.

SEGAL, Jeffrey A. and SPAETH, Harold J., The influence of stare decisis on the votes of Supreme Court Justices, in *American Journal of Political Science*, Vol. 40, No. 4 (Nov., 1996), pp. 971-1003.

SHAPIRO, David. “Role of precedent in constitutional adjudication”, *Texas Law Review*, Vol. 86, No. 5, 2008.

SILTALA, Raimo. “A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law”. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Carla Mendonça Dias Alves. “Efeitos vinculantes das decisões dos tribunais superiores: uma realidade”, in *Revista de processo*, São Paulo, v.29, n.115, mai/jun 2004, p.164-177.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in MADECO JR., Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

_____. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, in *Revista de Direito Administrativo* 250, 2009, p.197-227.

_____. *A constitucionalização do direito*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMPSON, A. W. B. “The Ratio Decidendi of a Case, in *Modern Law Review*, Vol. 20, 1957, p. 413-15.

_____. “The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, in. GUEST, A. G. (org). *Oxford Essays in Jurisprudence* (First Series). Oxford: Clarendon, 1961, p. 148-175.

_____. “The Common Law and Legal Theory”, in. Simpson, A. W. B. (org), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series). Oxford: Clarendon, 1973 p. 75-99.

SLAUGHTER, Ann-Marie. “A Global Community of Courts”, in *Harvard International Law Journal*, 2003, vol.44

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à Súmula vinculante*. Cuiabá: Juruá, 2006

SPRIGGS, James F., II.; HANSFORD, Thomas G.. Explaining the Overruling of U. S. Supreme Court Precedent, in. *Journal of Politics*, Vol. 63, n. 4, 2001, p. 1091-1111.

STEVENS, Robert. “Judges, Politics, Politicians and the confusing role of the judiciary”, in HAWKINS, Keith(ed.), *The Human Face of Law*, Oxford, 1997.

_____. *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body 1800-1976*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1978.

_____. *The English Judges: Their Role In The Changing Constitution*, Oxford: Hart Publishing, 2002.

STONE, Julius. “The Ratio Decidendi of the Ratio Decidendi, in *Modern Law Review*, Vol. 22, 1959, p. 597-620.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. “O efeito vinculante e a busca da efetividade na prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC45/04)”, in AGRA, Walber Moura (org.) *Comentários à reforma do judiciário*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p.148-205.

TARUFFO, Michele. “Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law”, in *Revista de Processo*, v.28, n.110, abr-jun/2003, p.141-158.

TAVAREZ, André Ramos. “O modelo brasileiro de controle difuso concreto da constitucionalidade e a função do Senado Federal”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n.819, jan/2004, p.45-64.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante”. in *Revista do advogado*, v.24, n.75, abr/2004, p.23-27.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”, in *Revista Direito GV*, vol.8, 2008, p. 407-440. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%20a7%20b5e/RD-08_5_407_440_A%20constitui%20a7%20a3o%20de%201988%20vinte%20anos%20depois_Marcos%20Paulo%20Verissimo.pdf

VIANNA, Luiz Werneck, et al., *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal - jurisprudência política*, São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

_____. “Supremocracia”, in Revista Direito GV, vol.8, 2008, p.441-464. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5es/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf

VOJVODIC, Adriana, Cardoso, Evorah; Machado, Ana. “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”, in Revista Direito GV, n9, 2009, p.21-44. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a02v5n1.pdf>

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999.

WHITTAKER, Simon. “Precedent in English Law: a view from the Citadel”, in *European Review of Private Law*, Vol. 5-6, 2006, p. 705-46.

WOODHOUSE, Diana. The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court, Legal Studies [Volume 24, Issue 1-2](#), 2004, p. 134–155.

Casos usados nas redes

Direito ao meio-ambiente

ACi1525	ADI3356	HC75925	RE406787-AgR
ACi7872	ADI3357	HC76712	RE427983-AgR
ACi9587	ADI3406	HC77053	RE466343
ADI1035	ADI3470	HC77387	RE466643
ADI1203-QO	ADI3482	HC79870	RE47931
ADI1245	ADI3517	HC81319	RE50325
ADI1253-MC	ADI3517-MC	HC87585	RE52060
ADI1261	ADI3540-MC	HC92566	RE71154
ADI1291	ADI3645	MS22164	RE75099
ADI1331	ADI3715	MS24356	RE75099
ADI14	ADI3937-QO-	MS24831	RE80004
ADI1405-MC	MC	Pet2701-AgR	RE90824
ADI1419	ADI4066	Pet1246	RE94020
ADI1423-MC	ADI437-QO	Pet1343-MC	RE95002
ADI1442	ADI534-MC	Pet2455-AgR	RE99376
ADI1448	ADI561-MC	Rcl1132-AgR	RHC66627
ADI1480	ADI581	Rcl1223	RHC79785
ADI1480-MC	ADI589-MC	Rcl1603	RHC80035
ADI1540	ADI612-QO	Rcl1831	Rp1150
ADI1675-MC	ADI647-MC	Rcl383	Rp1153
ADI172-MC	ADI677	Rcl425-MC-	Rp1417
ADI173-MC	ADI709-MC	AgR	Rp803
ADI1851	ADI750	Rcl475	Rp863
ADI1952-MC	ADI821-MC	Rcl497-AgR	Rp919
ADI1980	ADI903	RE109173	SL112-AgR
ADI1980-MC	ADI903-MC	RE134297	SL32-AgR
ADI1982	ADI927-MC	RE141788	SS1149-AgR
ADI2105-MC	ADI991-MC	RE195186	SS1272-AgR
ADI2157-MC	ADI221	RE195192	SS1945
ADI2359	ADPF101	RE198263	SS2187-AgR
ADI2361-MC	SS846-AgR	RE206482	SS2258
ADI2396	AI462563	RE237367	SS2465
ADI2396-MC	AI486816-AgR	RE242859	SS2491
ADI2413-MC	AI532687	RE246242	SS300-AgR
ADI2439-MC	AI537237	RE253071	SS762
ADI2535-MC	AI570455	RE257109-AgR	SS767
ADI2656	AI597182-AgR	RE271286-AgR	SS833
ADI2667-MC	AI604949-AgR	RE273042-AgR	SS846-AgR
ADI2678	CR8279-AgR	RE279519	SS936-AgR
ADI2982	Ext7	RE282644	SS954
ADI3035	HC71038	RE297276	STA118-AgR
ADI3098	HC71286	RE342413	STA171
ADI3103	HC72131	RE349703	STA35
ADI3241	HC74383	RE353336	Pet2693-AgR
ADI3355	HC74875	RE393175-AgR	

Depositário Infel

ACi6274	ADI1203-QO	ADI477	Ext7
ACi7872	ADI1479	ADI612-QO	HC44293
ACi7945	ADI1480	ADI675-MC	HC51977
ACi9587	ADI1480-MC	ADI709-MC	HC53065
ACi9687	ADI1497	ADI876	HC54075
ADI1063	ADI1497-MC	CJ4663	HC54619
ADI1096	ADI293-MC	CR8279-AgR	HC54722
ADI1114	ADI437	Ext347	HC56431

HC56469	HC74490	HC66596	RE7560
HC56522	HC74589	HC68610	RE75962
HC56577	HC74798	HC70763	RE77713
HC57355	HC74822	HC73518	RE80004
HC58272	HC74831	Inq705	RE85373
HC58727	HC74875	MS20352	RE86257
HC58788	HC75561	Pet423-AgR	RE86311
HC59951	HC75752	Pet760	RE86709
HC60481	HC75900	Rcl314	RE87097
HC61004	HC75904	Rcl317	RE88615
HC61150	HC75925	RE 52109	RE88884
HC61470	HC76286	RE104895	RE90824
HC62393	HC76561	RE105565	RE94020
HC63072	HC76651	RE107773	RE95002
HC65271	HC77053	RE109173	RE96000
HC66627	HC77249	RE111026	RE99376
HC67263	HC77506	RE112214	RECr206086
HC67709	HC77527	RE116089	RHC39583
HC6779	HC77591	RE117315	RHC42303
HC67866	HC77616	RE130206	RHC4569
HC67919	HC78164	RE140752	RHC48283
HC68582	HC78194	RE14215	RHC48919
HC68609	HC79870	RE179193	RHC49428
HC68754	HC80542	RE18082	RHC49510
HC68846	HC80587	RE19709	RHC49530
HC68926	HC80648	RE199730	RHC50189
HC69138	HC80710	RE206086	RHC50819
HC69171	HC81319	RE206482	RHC53611
HC69254	HC81813	RE206806	RHC54359
HC70457	HC82682	RE209365	RHC55096
HC70625	HC83056	RE211371	RHC55271
HC70671	HC83416	RE218061	RHC55379
HC70814	HC83543	RE228325	RHC55721
HC71038	HC83617	RE230624	RHC58005
HC71097	HC84484	RE254544	RHC58475
HC71124	HC8551	RE285754	RHC58476
HC71197	HC86097	RE299401	RHC59644
HC71286	HC86160	RE349703	RHC61145
HC72125	HC87585	RE458931	RHC61252
HC72131	HC87638	RE466343	RHC63806
HC72183	HC90172	RE47931	RHC64251
HC72623	HC90450	RE50325	RHC65271
HC72992	HC90759	RE51606	RHC66627
HC73044	HC92257	RE52060	RHC79785
HC73058	HC92514	RE58713	RHC80035
HC73131	HC92541	RE71154	RHC90759
HC73633	HC92566	RE71282	RHC59904
HC74136	HC93435	RE71338	Rep803
HC74352	HC93838	RE72500	HC56801
HC74383	HC94307-QO	RE74297	

Direito à honra

ADI1121-MC	HC76441	Inq1660-QO	Inq396
ADI531	HC76500	Inq1775-AgR	Inq457
AI159892-AgR	HC79780	Inq1916	Inq510
AP233	HC79890	Inq2044-QO	Inq512-QO
HC40692	HC81264	Inq2081	Inq542-QO
HC68273	HC81385	Inq2430-AgR	Inq579
HC71219	HC85629	Inq2637-AgR	Inq810
HC73075	Inq133	Inq274-QO	Inq874
HC73793	Inq1330	Inq390	Inq920-AgR

MI144	Pet1199-AgR	RE180222	RHC54186
MI375-AgR	Pet2084	RE207910-AgR	RHC60845
MS17483	Pet212	RE212123-AgR	RHC77123
MS19930	Pet3003-QO	RE222285-AgR	RHC79830
MS20191	Pet535-AgR	RE269415	RMS21758
MS21822	Pet721	RHC29926	Rp1299
MS22343	Pet748	RHC47795	Inq372-QC
MS22507	QC372	RHC48195	QC512
MS22626-AgR	QC501	RHC50591	
Pet1199	RE134300	RHC53730	

Direito à informação

SS3275	MS24329	MS20558	ADI869
SS327-AgR	MS24159-QO	MS20509	ADI600
SS1962	MS23047-MC	MS20499	ADI233
SS1945-AgR-	MS22864-MC-	MS20471	ADI2251
AgR-AgR-QO	QO	MS20464	ADI1749
SS1329-AgR	MS22864	MS20415	ACO224
SS1149-AgR	MS22503	MS20257	ACO124
RE9903	MS22487	MS1959	ACO182
Rp96	MS22449	MS1525	ACO180
Rp111	MS22183	MS1423	ACO175
RMS525	MS21754-AgR	MS1047	ACO174
RMS4928	MS21648	HD75	ACO168
RMS1006	MS21623	HD63	ACO145
RHD24	MS21574	HD60	ACO136
RHD22	MS21564-MC-	HD53	ACO131
RE90391	QO	HD45	ACO130
RE265261	MS21564	HD44	ACO128
RE240186	MS21443	HD43	ACO124
RE214243-AgR	MS21374	HC4901	ACO118
RE208685	MS21360	HC4116	ACO117
RE205634	MS21311	HC4091	ACO100
RE125556	MS21268	HC3535	ACI9674
RE111400	MS21247	HC3018	AC9673
MS21747	MS21136-AgR	CJ6913	AC9672
RE79741	MS21131	CJ6902	AC9667
Pet693-AgR	MS20992	CJ6895	MS20247
Pet2066-AgR	MS20986	CJ6888	
Pet1343-MC	MS20968	CJ6456	
MS24832-MC	MS20962	CC6562	
MS24706	MS20941	AP307	

Direito à vida

ADC1	ADI98	AI537237	HC 69730
ADI1102	ADPF3-QO	AI570455	HC 69921
ADI1108	ADPF-33	AI597182-AgR	HC 70026
ADI1116	ADPF-4	AI604949-AgR	HC 70465
ADI1127	ADPF54-MC	AO258	HC 70514
ADI1228-MC	ADPF54-QO	HC45232	HC 71050
ADI127-MC	AG232469	HC56481	HC 71077
ADI1439-MC	AI125934-AgR	HC 58318	HC 71524
ADI2	AI232469	HC 64218	HC 71713
ADI2170	AI236644	HC 65668	HC 72582
ADI2231	AI238328-AgR	HC 67915	HC 72930
ADI2361-MC	AI264269-AgR	HC 67930	HC 74761
ADI2797	AI418320	HC 68655	HC 74780
ADI3046	AI462563	HC 69377	HC 74983
ADI513	AI486816-AgR	HC 69603	HC 76004
ADI581	AI532687	HC 69657	HC 76371

HC 77480	RE140499	RE257109-AgR	RE93133
HC 78305	RE145018	RE259415	RE93356
HC78594	RE146733	RE259508-AgR	RE94039
HC80223	RE147776	RE264269	RE94673
HC80353	RE150755	RE267612	RHC76946
HC80479	RE150764	RE268479-AgR	RMS16795
HC81288	RE164715	RE271286-AgR	RMS17076
HC82959	RE17961	RE273042	RMS17435
HC83941-AgR	RE195186	RE273042-AgR	RMS17976
HC83942-AgR	RE195192	RE273834	RMS18777
HC84025	RE19656	RE279519	RMS21438
MS20611	RE197917	RE297276	RMS22033
MS21098	RE198263	RE342413	RMS52165
MS21745	RE19887	RE353336	Rp1012
MS22486	RE207970	RE393175	Rp1016
Pet1246	RE226835	RE65573	Rp1303
Pet1246-AgR	RE229631	RE68228	Rp1334
Rcl148	RE232335	RE70771	Rp1426
Rcl2381	RE234017	RE71077	Rp1429
Rcl2381-AgR	RE235643	RE71340	Rp745
Rcl314	RE236200	RE71382	Rp754
Rcl470	RE237367	RE71758	Rp759
RE100354	RE242859	RE78486	Rp765
RE100596	RE246242	RE78809	Rp826
RE103299	RE247120	RE78984	Rp930
RE105789	RE247352	RE79343	Rp94
RE109098	RE247900	RE79620	Rp946
RE111954	RE247901	RE86056	Rp969
RE117936	RE248300	RE91604	RE84497
RE121336	RE248326	RE91740	HC70662
RE122202	RE248778	RE92169	
RE135328	RE255086	RE92536	
RE138284	RE255627-AgR	RE93088	

Direito de reunião

ADI108	ADI2105	ADI379-MC	ADI962-MC
ADI1088	ADI267-MC	ADI387-MC	ADI986-QO
ADI1203-QO	ADI271	ADI42	ADI612-QO
ADI1416-MC	ADI271-MC	ADI433	MS20294-AgR
ADI1439	ADI2840-QO	ADI437	MS20829
ADI1442	ADI334	ADI499	Pet66
ADI1944	ADI334-MC	ADI709-MC	Rcl121
ADI1947	ADI335	ADI79	Rcl128-AgR
ADI1969	ADI335-MC	ADI876	Rcl849
ADI1969-MC	ADI336-MC	ADI928-MC	Rp705

Direitos dos índios

AC2009	ACO398-QO	ADI1749	ADI3105
AC788	ACO417-QO	ADI19	ADI3149
AC9587	ACO426	ADI1946	ADI3685
ACi7872	ACO447	ADI2031	ADI830
ACi9587	ACO469	ADI2240	ADI842-MC
ACi9620	ACO473-QO	ADI2258	ADI926-MC
ACO230	AD1	ADI2381-MC	AG232555-
ACO287	ADI1127	ADI2399	AgR
ACO312-QO	ADI1420-MC	ADI255	AG35989
ACO359	ADI1497	ADI2632	AI120893-AgR
ACO359-QO	ADI1512	ADI2702	AI241201-AgR
ACO360	ADI1635	ADI2967	AI306626
ACO362	ADI1635-MC	ADI3022	AO506-QO

AO66-QO	MS22439	RE89078	ACO278
AO772-QO	MS22494	RE90391	MS20337
AO859-QO	MS22515-AgR	RE91185	RE61351
APC1968	MS22900	RE91593	RE75872
AR690	MS23073	RE94414	RE94020
ARv24311-	MS23759-AgR	RE99928	RE97867
AgR	MS24318	RHC32678	ACO433
CJ5993	MS24831	RHC52902	ACO450
CJ6234	MS24847	RHC53598	ACO201
CJ6294	MS24849	RHC54459	ACO396-QO
CJ6616	MS25483	RHC55085	ACO418
HC1073	Pet1282-AgR	RHC57518	Rcl597
HC55540	Pet1365	RHC65835	Rcl600
HC62239	Pet2662-AgR	RHC66627	MS24045
HC65912	Pet3152-AgR	RHC79785	AO199-AgR
HC65913	Pet3388	RHC80035	MS21684-AgR
HC67390	Pet3388-AgR	RHC80110	MI195-AgR
HC67693	Pet4129	RHC83493	MS20941-AgR
HC68465	Pet96-AgR	RHC85737	RMS23135-
HC68582	Rcl417	RHC90759	AgR
HC68609	Rcl1017	RMS22986-	MS21896-AgR
HC68641	Rcl2391	AgR	MS20570-AgR
HC68825	Rcl2833	RMS23639-	MS23306
HC70514	Rcl320	AgR	RMS20675-
HC71038	Rcl3331	Rp1088	AgR
HC71193	Rcl3813	Rp1342	HC68309
HC71261	Rcl424	RE86949	HC75090
HC71835	Rcl602	SL125	HC76539
HC72131	RE100144	SL38	RE64327
HC72981	RE100435	SL38-AgR	HC71453
HC73035	RE141715	SL42-AgR	HC74967
HC73555	RE179485	RE197628	HC75603
HC74383	RE183188	RE84245	HC79966
HC75088	RE184091	RE192473	RE90827
HC75404	RE185255	HC80427-MC	RE282169
HC79244	RE191480	HC71039	RHC64501
HC79589	RE197649	MS21920	ACO312
HC79812	RE197917	RHC34823	ACO323
HC79870	RE199260	HC72391-QO	ADI1105
HC80240	RE199733	HC78814	ADI2024
HC80496	RE199800	MS21872	Pet3674-QO
HC80630	RE206216	MS21892	MS24268
HC81319	RE206608	Rcl485	MS24483
HC81759	RE211207	MS16443	RE44585
HC81827	RE211782	MS21575	RE101037
HC82682	RE212251	MS21649	RE116750
HC8584	RE219983	MS20215	RE140195
HC87585	RE241899	MS20234	Pet3713
HC92678	RE263010	MS20453	ADI1539
Inq1674	RE270379	ADI2355-MC	RHC80536
MS1959	RE351487	ADI1374	Rp1418
MS20191	RE353657-QO	RE82102	ADI939
MS20674-AgR	RE378144-AgR	RE77698	MS23047-MC
MS20723	RE416144	Rp1323	RE278636-AgR
MS20727	RE419528	HC79530	ADI2154
MS20741	RE43888	MS21896	ADI3682
MS20751	RE44583	MS20722	RE104393
MS20772	RE44885	MS20861	RE135328
MS20955-AgR	RE75042	MS20575	RE147776
MS21100-AgR	RE75048	MS21891	RE348364-AgR
MS21206-AgR	RE87094	MS20656	MI725
MS21496-QO	RE87225	MS20694	Pet240
MS21754	RE87851	MS20575	Rcl454

Pet2018-AgR	MS20469-AgR	MS23466	RE109173
SS514-AgR	MS20199	MS23852-QO	RE71154
MS23550	HC1063	MS23639	RE165680
RE158543	Rp1183	MS23452	RE121533
RE211242	MS20247	ADI1480-MC	RE206775
RE213513	MS20257	RE80004	RE230540
MS21750-QO	MS20415	HC92541	RE224225
MS22413-AgR	MS20464	HC92566	Pet3405
MS22626-AgR	MS20471	RE349703	
MS20191	MS20509	RE466343	
MS21734-AgR	MS23418	Rp803	

Direitos da Criança e do Adolescente

HC80379	HC69667	HC80325	HC67707
HC59223	HC70727	HC80379	MS22151
HC59629	HC70856	HC80719	RE201458
HC60622	HC71289	HC80747	RHC50376
HC62634	HC71551	HC81115	RHC50436
HC63708	HC71954	HC81149	RHC59306
HC64997	HC72368	HC82761	RHC63601
HC67263	HC72412	HC83773	RHC64420
HC67556	HC73044	HC83842	RHC67069
HC67788	HC73390	HC83867	RHC67857
HC68347	HC74106	HC83977	RHC68631
HC68530	HC75158	HC84181	RHC71954
HC68582	HC76853	HC84254	RHC79200
HC68726	HC78425	HC84372	RHC80110
HC68841	HC78978	HC84662	RHC80741
HC68955	HC79204	HC84907	RHC93431
HC69026	HC79551	HC84921	HC62634
HC69142	HC79781	HC85237	HC63093
HC69227	HC79789	HC85400	HC75447
HC69254	HC79812	HC85598	
HC69263	HC79857	HC88473	
HC69374	HC80064	HC90248	

Direito de greve

ADC3	ADI520	HC68409	MI287
ADC4	ADI539	HC69156	MI323
ADC1-QO	ADI546	Inq427	MI342
ADI107-MC	ADI546-MC	Inq427-QO	MI347
ADI1203	ADI563	Inq427-QO-QO	MI355
ADI1306	ADI593	Inq687-QO	MI361
ADI1458-MC	ADI652-QO	MI 472	MI362
ADI1484	ADI709-MC	MI102	MI375-AgR
ADI1696	AP241	MI107	MI384
ADI2031	AP313-QO	MI107-MC	MI425
ADI2060	AP315-QO	MI107-QO	MI429
ADI2097	CJ6824	MI117	MI438
ADI2207	Ext347	MI164	MI439
ADI2215	HC80379	MI168	MI444
ADI2515	HC32097	MI175	MI463
ADI254	HC3340	MI18	MI470
ADI2666	HC33440	MI20	MI484
ADI267-MC	HC35301	MI23	MI485
ADI339	HC39682	MI232	MI542
ADI3395	HC40382	MI235	MI543
ADI361-MC	HC40398	MI24 MC	MI562
ADI4-MC	HC40400	MI283	MI585
ADI492	HC42108	MI284	MI631

MI633
MI679
MI708
MI712

MI715
MI721
MI74
MI81-AgR

MI95
MS22626-AgR
QC427-QO
Rcl473

RE135322
RE72507
Rp1077-MC

Igualdade

ADC1
ADC3
ADC4-MC
ADI1010-MC
ADI1051-MC
ADI1060-MC
ADI1063
ADI107-MC
ADI1072
ADI1075-MC
ADI108
ADI1098
ADI1102-MC
ADI1105
ADI1105-MC
ADI1127
ADI1127-MC
ADI1141
ADI1165
ADI1227-MC
ADI1289
ADI1303-MC
ADI138
ADI139
ADI14
ADI1402-MC
ADI1425
ADI1430
ADI1430-MC
ADI1432-MC
ADI1433-MC
ADI1437
ADI1441-MC
ADI1470-MC
ADI151
ADI1539
ADI159
ADI163
ADI1635
ADI1635-MC
ADI1661
ADI1681-MC
ADI1809
ADI182
ADI184-MC
ADI1890
ADI1898-MC
ADI1950
ADI1952-QO
ADI1963
ADI1996-MC
ADI2
ADI2-MC
ADI2010-MC
ADI2016

ADI203
ADI2060
ADI2062
ADI2087-MC
ADI2115
ADI2157
ADI2163
ADI2163-MC
ADI218-MC
ADI2202
ADI2207
ADI2215
ADI223-MC
ADI2234
ADI2270
ADI231
ADI234
ADI2393-MC
ADI243
ADI2443-MC
ADI2465
ADI2477-MC
ADI2540
ADI264
ADI2649
ADI2651
ADI272
ADI2723
ADI273
ADI2762
ADI2797
ADI2799
ADI2822
ADI2837
ADI2873
ADI293-MC
ADI299-QO
ADI3000
ADI3105
ADI3153-AgR
ADI319-QO
ADI326
ADI3300-MC
ADI3324
ADI3512
ADI3619
ADI3768
ADI3774-MC
ADI420-QO
ADI430
ADI456
ADI464
ADI466
ADI493
ADI511

ADI531-AgR
ADI546
ADI563
ADI568-MC
ADI569
ADI590
ADI593
ADI613
ADI665-MC
ADI67
ADI700
ADI705-AgR
ADI747-QO
ADI763-MC
ADI766
ADI766-MC
ADI774
ADI776
ADI777-MC
ADI784
ADI790
ADI790-MC
ADI815
ADI816-MC
ADI822-MC
ADI864
ADI873
ADI873-MC
ADI89
ADI939
ADI939-MC
ADI967
ADI97
ADI1070-MC
ADI872-MC
AG161396-AgR
AG192995
AG202645-AgR
AG215885-AgR
AI113640-AgR
AI120933-AgR
AI125492-AgR
AI125934
AI125934-AgR
AI127196-AgR
AI131798
AI143872-AgR
AI145985-AgR
AI154156-AgR
AI156537-AgR
AI174540-ED
AI175535-AgR

AI234163-AgR
AI241201-AgR
AI249404-AgR
AI306626
AI313373
AI419578
AI95521-AgR
AP307
AR690
CT28321
HC1063
HC1073
HC14789
HC15873
HC16056
HC30269
HC30355
HC3536
HC3554
HC3697
HC4014
HC43880
HC45232
HC56543
HC57434
HC61624
HC62496
HC6420
HC64501
HC65544
HC65951
HC67263
HC67390
HC67480
HC67683
HC67841
HC67858
HC68011
HC68066
HC68118
HC68170
HC68223
HC68242
HC68483
HC68571
HC68641
HC68720
HC68737
HC68742
HC68756
HC 68929
HC69026
HC69085
HC69119
HC69287

HC69323	HC81389	MS20215	MS23542
HC69366	HC81517	MS20234	MS23549
HC69483	HC81611	MS20247	MS23639
HC69599	HC81632	MS20253	MS23652
HC69619	HC81746	MS20257	MS23801
HC69703	HC83414	MS20292	MS23852-QO
HC69707	HC83901	MS20298	MS24268
HC69850	HC84014-AgR	MS20379	MS24318
HC70198	HC84092	MS20415	MS24318
HC70270	HC84105	MS20415	MS24381
HC70648	HC84423	MS20431 AgR	MS24458-MC
HC70671	HC84925	MS20464	MS24831
HC71039	HC85185	MS20471	MS24845
HC71193	HC85299	MS20498	MS24846
HC71231	HC85431	MS20509	MS24847
HC 71261	HC85457	MS20522	MS24848
HC71373	HC8584	MS20723	MS24848-MC
HC71429	HC87468	MS20882	MS24849
HC71669	HC87470	MS20941	MS25579
HC71729	HC8800	MS20973	MS25579-MC
HC71923	HC88702	MS21098	MS25594
HC71933	HC89970	MS21143	MS25618
HC71949	HC90652	MS21143-AgR	MS25647-MC
HC71951	HC90707	MS21188-AgR	MS26441
HC72366	HC91089	MS21360	MS8893
HC72465	HC91150	MS21443	Pet1113
HC72476	HC92678	MS21496	Pet1564-AgR
HC72610	IF20	MS21496-QO	Pet577
HC72731	IF2915	MS21521	Pet577-QO
HC72858	IF31	MS21540	Rcl2201
HC72981	IF590	MS21564	Rcl314-MC
HC73035	IF94	MS21564-MC-	Rcl318
HC73271	Inq104	QO	Rcl4535
HC73338	Inq105	MS21689	Rcl4535-MC
HC73450	Inq1070	MS21707	Rcl475
HC73592	Inq108	MS21734-AgR	Rcl497-AgR
HC73868	Inq1328	MS21754	Rcl5014
HC75345	Inq1566	MS21754 AgR	Rcl5192
HC75783	Inq1567	MS21846	Rcl6257
HC76060	Inq1613	MS21849	Rcl6258
HC76062	Inq1674	MS21861	Rcl720
HC76347-QO	Inq571	MS21872	Rcl8745
HC76389	Inq681	MS21920	Rcl977
HC76729	Inq777-QO	MS22183	RE74271
HC77571	Inq780	MS22439	MS19968
HC77754	Inq897	MS22494	MS21747
HC78814	MC233	MS22503	HC71279
HC79238	MI211	MS22626-AgR	HC71241
HC79244	MI254	MS22864	RMS15182
HC79350	MI347	MS23047	RE57395
HC79376	MI375-AgR	MS23329	RE103639
HC79589	MI506	MS23388	RE10848
HC79748	MI58	MS23418	RE10849
HC79775	MI79-AgR	MS23428	RE117936
HC79776	MI81-AgR	MS23435	RE136237
HC79812	MI84	MS23446	RE136488
HC80081	MS1047	MS23452	RE138284
HC80287	MS1423	MS23454	RE140195
HC80316	MS1525	MS23465	RE140863
HC80550	MS159892-	MS23466	RE140945
HC80631	AgR	MS23469	RE141788
HC80659	MS1959	MS23471	RE142095
HC80881	MS20213	MS23491	RE146733

RE148095	RE228080	RHC32678	RMS21045
RE149948	RE228321	RHC34823	RMS21046
RE153771	RE230020	RHC41102	RMS21300
RE156404	RE240096	RHC47260	RMS22033
RE163180	RE250590-AgR	RHC51295	RMS22904
RE165305	RE269464	RHC54077	RMS23002
RE170574	RE29429	RHC56490	RMS2319
RE173252	RE351142	RHC56543	RMS23443
RE176354	RE385397-AgR	RHC56554	RMS 23720
RE176479	RE386723	RHC56693	RMS3430
RE177835	RE404656-AgR	RHC57241	RMS 525
RE179177	RE405579	RHC58195	RMS9259
RE182432	RE409213	RHC59813	Rp1110
RE182737	RE41102	RHC61145	Rp1120
RE18331	RE51829	RHC61303	Rp1134
RE189942	RE54137	RHC61624	Rp1183
RE191480	RE70069	RHC62227	Rp1299
RE195186	RE70935	RHC62636	Rp38
RE195192	RE70955	RHC62815	Rp890
RE197649	RE74042	RHC63227	RHC60280
RE199182	RE77925	RHC64373	RHC61624
RE199720	RE79257	RHC64605	SS1918-AgR
RE199800	RE80444	RHC64951	SS2187-AgR
RE202533	RE87094	RHC66373	SS2465
RE203981	RE89444	RHC66812	SS3052
RE204193	RE93248	RHC68525	SS775-AgR
RE205975	RE93275	RHC 69619	SS819-AgR
RE206431	RE93529	RHC75510	MI79
RE209714	RE94673	RHC8002	MI24
RE212066	RE95778	RHC80536	MI102
RE218461-AgR	RE97557	RHC81746	RHC65951
RE220742	RE117936	RHC82033	
RE222285-AgR	RE195186	RMS1006	
RE227299	Rp1320	RMS21033	

Intimidade

ACO730	ADI213-MC	ADI529-MC	ADI98
ACO730-QO	ADI217	ADI546	AG25578
ADC1	ADI2186	ADI56	AC33-MC-AgR
ADC4-MC	ADI233	ADI56-MC	AI115469-AgR
ADI1001	ADI2386	ADI564-MC	AI130893-AgR
ADI1051-MC	ADI2390	ADI574	AI266214-AgR
ADI1063	ADI2393	ADI582	AI40883
ADI1158	ADI2397	ADI654	AI591373-AgR
ADI1254	ADI2406	ADI665-MC	AP307
ADI1275-MC	ADI2420	ADI700	CJ6115
ADI1335-MC	ADI2434	ADI766	Ext1021
ADI1391-MC	ADI2452-MC	ADI774	Ext311
ADI1425	ADI2544	ADI779-AgR	Ext333
ADI1440-MC	ADI2687	ADI779-AgR	Ext336
ADI1453-MC	ADI2742	ADI780	Ext362
ADI1470-MC	ADI2856-MC	ADI792	Ext421
ADI1488	ADI295	ADI816-MC	Ext478
ADI1576-MC	ADI306	ADI821	Ext480
ADI1681-MC	ADI3167	ADI822-MC	Ext489
ADI1730	ADI3394	ADI864-MC	Ext491
ADI1749	ADI361-MC	ADI872	Ext783
ADI182	ADI3833-MC	ADI873-MC	HC3535
ADI182-MC	ADI411-MC	ADI92-MC	HC35767
ADI2072-MC	ADI475-MC	ADI966-MC	HC36243
ADI2115	ADI529	ADI975	HC37062

HC39098	HC69037	HC74116	HC86232-MC
HC40028	HC69038	HC74152	HC86274-MC
HC42108	HC69212	HC74197	HC86319-MC
HC42232	HC69344	HC74198	HC86355-MC
HC43994	HC69380	HC74265	HC86755
HC45232	HC69569	HC74299	HC86849-MC
HC45232	HC69664	HC74528	HC87971
HC46807	HC69703	HC74530	HC87971-MC
HC47911	HC69791	HC74554	HC88182
HC49893	HC69818	HC74599	HC91207-MC
HC49902	HC69854	HC74611	HC91273
HC50999	HC69895	HC74639	HC92331
HC51059	HC69912	HC74678	HC92678
HC51124	HC69977	HC74706	HC95279
HC51800	HC70018	HC74777	HC74299
HC52359	HC70140	HC74791	Inq2245-AgR
HC54401	HC70270	HC75007	Inq2424-QO
HC54619	HC70272-ED-	HC75226	Inq2725-QO
HC54619	Edv-AgR	HC75232	Inq496
HC55225	HC70290	HC75338	Inq507
HC55619	HC70328	HC75497	Inq510
HC56215	HC70406	HC75562	Inq516-QO
HC56416	HC70408	HC75578	Inq571
HC56578	HC70480	HC76060	Inq657
HC57080	HC70725	HC76328	Inq705
HC58250	HC70763	HC77147	Inq732-QO
HC60388	HC70884	HC77993	Inq732-QO
HC60419	HC70931	HC78098	Inq897
HC60543	HC71039	HC78814 MC	Inq897-AgR
HC60840	HC71058	HC79191	Inq901
HC61107	HC71161	HC79244	Inq923-QO
HC61587	HC71193	HC79285	MI80
HC62107	HC71231	HC79512	MS1047
HC62243	HC71261	HC79535	MS1423
HC62248	HC71373	HC79812	MS1525
HC62384	HC71512	HC80032-QO	MS1959
HC62460	HC71716	HC80100	MS20257
HC62745	HC71725	HC80197	MS 20497
HC 63213	HC71726	HC80405	MS21113
HC63283	HC71728	HC80902	MS21172
HC63341	HC71729	HC81260	MS21239
HC64221	HC71732	HC81261	MS21268
HC64479	HC71788	HC81294	MS21294
HC 65271	HC71812-AgR	HC82393	MS21564
HC66937	HC72043	HC82788	MS21564-MC-
HC67039	HC72095	HC83184	QO
HC67493	HC72224	HC83266	MS2172
HC67874	HC72286	HC83357	MS21729
HC67913	HC72528	HC83515	MS21750-QO
HC68080	HC72588	HC83648	MS21872
HC68282	HC72648	HC83648	MS21952
HC68348	HC72657	HC83775	MS22042
HC68449	HC72871	HC83775-MC	MS22503
HC68483	HC73000	HC83921	MS22801
HC68507	HC73035	HC83983	MS22864
HC68571	HC73208	HC84089-MC	MS22864-MC-
HC68610	HC73271	HC84203	QO
HC68619	HC73338	HC84335	MS23047
HC68730	HC73340	HC84388	MS23047-MC
HC68737	HC73351	HC84409	MS23446
HC68754	HC73461	HC85502	MS23452
HC68926	HC73590	HC85502-MC	MS23454
HC68934	HC73903	HC85836	MS23465

MS23480	Pet1414-QO	RE251445	RHC58544
MS23491	Pet1466	RE261278	RHC61209
MS23595	Pet1564-AgR	RE261278-AgR	RHC63806
MS23639	Pet2541-QO	RE331303	RHC63825
MS23652	Pet2702	RE331303-AgR	RHC63834
MS23669	Pet577	RE432597-AgR	RHC64251
MS23669-MC	Pet577-QO	RE460880	RHC65271
MS23843	Pet673	RE463278-AgR	RHC65369
MS23851	Pet77	RE70935	RHC65497
MS23852-QO	Rcl10	RE71640	RHC66284
MS23866-MC	Rcl1769	RE74297	RHC66428
MS23868	Rcl2040	RE82700	RHC71882
MS23926	Rcl2391	RE85191	RHC72463
MS23971-QO	Rcl337	RE87245	RHC80197
MS24022	Rcl511	RE92329	RHC80411
MS24028	Rcl514	RE93150	RHC81065
MS24217	Rcl846	RE94608	RHC85254
MS24369	Rcl848	RE96026	RHC85286
MS24405	RE 52109	RE96049	RHC 90376
MS24706	RE100094	RE99915	RHC95183
MS24749	RE104387	RHC31611	RMS1006
MS24832	RE121533	RHC32678	RMS15925
MS24832-MC	RE125556	RHC34283	RMS22307
MS25005	RE128519	RHC34823	RMS23002
MS25579	RE135328	RHC3716	RMS24956
MS25617	RE140265	RHC42303	RMS2574
MS25908	RE147776	RHC43520	RMS4727
MS26307	RE168277	RHC 46807	RMS525
MS26307-MC	RE207732	RHC48283	RMS9057
MS26900-MC	RE213514	RHC50249	Rp696
MS27483	RE215301	RHC50548	Inq312
MS6949	RE219780	RHC 51059	SS1945-AgR-
MS8369	RE220814	RHC51800	AgR-AgR-QO
Pet1158-AgR	RE224775	RHC53254	
Pet1256	RE230020	RHC55225	
Pet1401	RE248869	RHC55524	

Inviolabilidade parlamentar

Acr932	HC74125	Inq1775-AgR	Inq681
AI473092	HC74201	Inq1808	Inq681-QO
AO191	HC7562	Inq1905	Inq726
AP219	HC79244	Inq1944	Inq779-QO
AP243	HC74125	Inq1958	Inq803
AP292	HC74201	Inq2036	Inq810
AP307	Inq104	Inq2130	Inq810-QO
HC81730	Inq105-QO	Inq223-AgR	Inq874
HC3535	Inq1247	Inq2330	Inq874-AgR
HC3635	Inq126	Inq3	Inq897-AgR
HC44228	Inq1296	Inq30	Inq104
HC50534	Inq1328-QO	Inq390	Inq1775-AgR
HC63582	Inq1330	Inq390-QO	Inq38
HC63802	Inq1344	Inq396	MS1959
HC65425	Inq1381-QO	Inq396-QO	MS20442
HC66895	Inq1400-QO	Inq446	MS22132
HC67919	Inq1566	Inq496	MS23446
HC68130	Inq1594	Inq503	MS23452
HC68571	Inq1710	Inq510	MS23454
HC71039	Inq1710-QO	Inq510-QO	MS23491
HC71193	Inq172	Inq516-QO	MS23452
HC71231	Inq1739	Inq579	Pet1113
HC71845	Inq1775	Inq617	Pet1249-AgR

Pet1564-AgR	Pet577-QO	RE220687	RHC65271
Pet2920	Pet85	RE226643	RHC65969
Pet30	Pet851-QO	RE278086	RHC66078
Pet3076	QC472	RE57729	RHC66812
Pet3162	QCR624	RE70955	RHC67299
Pet3195	Rcl511	RE82908	RHC78026
Pet3205	RE102376	RHC58493	RMS23002
Pet3585	RE140867	RHC61993	Rp211
Pet3588	RE173938	RHC63582	Pet851
Pet3686	RE182543	RHC64860	QC472
Pet4199	RE210917	RHC65092	

Liberdade de associação

ADI1063	ADI475-MC	ADI962	RE182438
ADI1088	ADI529	ADI966	RE182543
ADI1416	ADI529-MC	ADI966-MC	RE212707
ADI1416-MC	ADI574	AI135452	RE225965-AgR
ADI1817-MC	ADI598-MC	MI80	RMS21514
ADI2054-MC	ADI654	MS20936	RE181438
ADI306	ADI779-AgR	MS21278-AgR	
ADI361-MC	ADI866	RE141733	

Liberdade profissional

AC1406-QO-MC	ADI712	MS21683	RHC62743
ADI1397-MC	ADPF130	MS21797	RMS24213
ADI1399	HC44099	MS22643	Rp1044
ADI1516	HC60270	RE103553	Rp1169
ADI1717	HC85718	RE103553-ED	Rp1451
ADI1717-MC	MS10272	RE111954	Rp705
ADI1991-MC	MS20038	RE138284	Rp930
ADI292-QO	MS20691	RE146733	Rp974
ADI293-MC	MS21462	RE62739	
ADI295-MC	MS21466	RHC58966	
	MS21534	RHC59998	

Direito de propriedade

ADI1042-MC	ADI1472-MC	ADI1753	ADI2163-MC
ADC4	ADI1475-MC	ADI1756	ADI219
ADI1007	ADI1480-MC	ADI1775	ADI2213
ADI1007-MC	ADI1516	ADI1811	ADI2213-MC
ADI1050-MC	ADI1587	ADI1904-MC	ADI2247-MC
ADI1055	ADI1595-MC	ADI1918	ADI2290-MC
ADI1063	ADI1606-MC	ADI1931-MC	ADI2304
ADI107-MC	ADI162	ADI1980-MC	ADI2304-MC
ADI1081-MC	ADI1622	ADI1992-MC	ADI2392
ADI1117	ADI1623-MC	ADI1999	ADI2392-MC
ADI1136-MC	ADI1646-MC	ADI2	ADI2394
ADI1176	ADI1653	ADI2-MC	ADI2448-MC
ADI1187	ADI1674	ADI2009	ADI259
ADI1222	ADI1675-MC	ADI2010-MC	ADI259-MC
ADI1286	ADI1677	ADI2035-MC	ADI2591
ADI1312-MC	ADI1687	ADI2054	ADI2599-MC
ADI1361-MC	ADI1687-MC	ADI2072-MC	ADI2623-MC
ADI1370	ADI1708	ADI2110	ADI2659
ADI1397-MC	ADI1715-MC	ADI2111	ADI2734-MC
ADI1425	ADI1716-MC	ADI2120	ADI2797
ADI1460	ADI1749	ADI2122	ADI2832
ADI1472	ADI1750-MC	ADI2155	ADI286

ADI293-MC	AI347739	HC88413	MS22278
ADI295-MC	AI505380	HC88741	MS22285
ADI306	AI506487	HC89501	MS22290
ADI3090	AI523254-AgR	HC90645	MS22302
ADI3100	AI99655-AgR	HC96095	MS22319
ADI311	AO199-AgR	HC96219-MC	MS22320
ADI3112	AO166	Inq510	MS22328
ADI319	ARv24311-	MI195-AgR	MS22333
ADI319-QO	AgR	MI80	MS22385
ADI3258	HC 84662	MS22333	MS22478
ADI3438	HC30355	MS16443	MS22479
ADI352	HC68347	MS20379	MS22519
ADI352-MC	HC68530	MS20430	MS22579
ADI361-AgR	HC68665	MS20570-AgR	MS22591
ADI361-MC	HC69263	MS20584	MS22613
ADI365	HC69559	MS20617	MS22638
ADI365-AgR	HC69667	MS20618	MS22645
ADI372	HC69696	MS20622	MS22645
ADI372-MC	HC69964	MS20663	MS22666
ADI379	HC70464	MS20674-AgR	MS22688
ADI387	HC70465	MS20675	MS22698
ADI387-MC	HC70634	MS20675-AgR	MS22700
ADI4	HC71026	MS20714	MS22794
ADI403-MC	HC 71050	MS20723	MS22859
ADI449	HC71053	MS20751	MS22911
ADI45	HC71077	MS20772	MS22946
ADI475-MC	HC71524	MS20787	MS22946-MC-
ADI493-MC	HC71713	MS20788	AgR
ADI526	HC71889	MS20882	MS23010
ADI526-MC	HC72102	MS20941-AgR	MS23012
ADI529	HC72131	MS20955-AgR	MS23054
ADI529-MC	HC72366	MS20999	MS23073
ADI531	HC72368	MS21100-AgR	MS23107
ADI536	HC72603	MS21164	MS23135
ADI561	HC72610	MS21206-AgR	MS23193
ADI561-MC	HC 73151	MS21239	MS23194
ADI574	HC 73338	MS21300	MS23241
ADI654	HC75583	MS21575	MS 23260
ADI669-MC	HC77872	MS21649	MS23306
ADI673	HC78711	MS21684-AgR	MS23311
ADI691-MC	HC79204	MS21820	MS23312
ADI724	HC79570-QO	MS21828	MS 23323
ADI724-MC	HC79781	MS21892	MS23329
ADI750-MC	HC80064	MS21896-AgR	MS23347
ADI779-AgR	HC80325	MS21919	MS23369
ADI84	HC80412	MS21982	MS23370
ADI84-MC	HC80719	MS21983	MS23391
ADI842	HC 81576	MS21983	MS23562
ADI860-MC	HC81729	MS22022	MS23563
ADI865	HC82279	MS22045	MS23598
ADI902	HC83943	MS22055	MS23639
ADI909	HC83947	MS22075	MS23645
ADI966-MC	HC 84078	MS22077	MS23754
ADI293-MC	HC84587	MS22136	MS23759-AgR
ADI379-MC	HC84677	MS22137	MS23825
ADI1204	HC84741	MS22139	MS23854
ADO319-QO	HC84781	MS22150	MS23855
ADPF144	HC84859	MS22164	MS23947
ADPF77-MC	HC 85240	MS22165	MS23949
AI162731-AgR	HC85289	MS22193	MS24036
AI189433-AgR	HC85886	MS22225	MS24037
AI189433-AgR	HC86498	MS22260	MS24272
AI347717-AgR	HC86834	MS22264	MS24547

Pet1992	RE217162	RE67134	RMS23135-
Rcl2311	RE237561	RE72509-ED	AgR
Rcl2391	RE237965	RE79253	RMS23566
Rcl470	RE239286	RE85079	RMS23639-
Rcl485	RE246319	RE86129	AgR
RE74271	RE248191-AgR	RE88790	RMS9315
MS19968	RE251542	RE 96037	Rp1009
Rp700	RE283989	RE99601	Rp1043
RE109615	RE29429	RHC50376	Rp1046
RE114468	RE307112-AgR	RHC68631	Rp1062
RE121140	RE312050-AgR	RHC75917	Rp1266
RE163231	RE327784	RHC79200	Rp1419
RE169043	RE327784-AgR	RHC81057	Rp1425
RE174645	RE357576	RHC81257	Rp1426
RE175901	RE385398-AgR	RHC81382	Rp1429
RE189170	RE432789	RMS14405	Rp1473
RE191031	RE482006	RMS15015	Rp1514
RE193749	RE543974	RMS20675-	Rp1536
RE195056	RE550769	AgR	Rp466
RE199520	RE55718	RMS21300	Rp611
RE203909	RE57713	RMS21597	SS221
RE206781	RE60775	RMS22986-	
RE208383	RE62739	AgR	