



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

Shayane do Socorro de Almeida da Paixão

**PRECEDENTES VINCULANTES NO MODELO CONSTITUCIONAL DE  
PROCESSO**

Belém  
2021

Shayane do Socorro de Almeida da Paixão

**PRECEDENTES VINCULANTES NO MODELO CONSTITUCIONAL  
DE PROCESSO**

Dissertação de Mestrado apresentado como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, (Área de Concentração: Direitos Humanos), sob a orientação da Prof.<sup>a</sup>. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa, na Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias.

Belém  
2021

Shayane do Socorro de Almeida da Paixão

**PRECEDENTES VINCULANTES NO MODELO CONSTITUCIONAL  
DE PROCESSO**

Dissertação de Mestrado apresentado como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, (Área de Concentração: Direitos Humanos), sob a orientação da Prof.<sup>a</sup>. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa, na Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Professor (a):

\_\_\_\_\_  
Professor (a):

\_\_\_\_\_  
Professor (a):

Apresentado em: \_\_\_/\_\_\_/2021

Belém  
2021

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD  
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará  
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

---

D631p do Socorro de Almeida da Paixão, Shayane.  
PRECEDENTES VINCULANTES NO MODELO  
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO / Shayane do Socorro de  
Almeida da Paixão. — 2021.  
149 f.

Orientador(a): Prof<sup>ª</sup>. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,  
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em  
Direito, Belém, 2021.

1. Precedentes Judiciais . 2. Código de Processo Civil. 3.  
Controle de Constitucionalidade. 4. Processo constitucional. 5.  
Direitos e garantias fundamentais. I. Título.

CDD 341.4

---

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 COMMON LAW E CIVIL LAW NA TEORIA DOS PRECEDENTES: DIVERGÊNCIAS OU CONVERGÊNCIAS?</b>	<b>13</b>
1.1 Precedentes na <i>common law</i> e o <i>stare decisis</i>	13
1.2 Precedentes na <i>civil law</i> e o neoconstitucionalismo	20
1.3 Precedentes judiciais no Brasil: histórico brasileiro e a preocupação com uma “ética dos precedentes”	32
<b>2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E OS PRECEDENTES</b>	<b>38</b>
2.1 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito como fundamentos de um modelo constitucional de processo	39
2.2 O processualismo constitucional democrático como fundamento de uma teoria dos precedentes vinculantes	47
2.3 Um novo modelo de contraditório e a comparticipação: fundamentos da legitimidade das decisões	53
<b>3 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTES</b>	<b>57</b>
3.1 Decisão, jurisprudência, súmula e precedentes: diferenças e confusão conceitual no direito brasileiro	57
3.2 O que são precedentes?	61
3.2.1 Precedentes como regras	62
3.2.2 Precedentes como analogia	65
3.2.3 Precedentes como princípios	67
3.3 O que vincula no precedente? <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	74
<b>4 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL</b>	<b>80</b>
4.1 Precedentes no Brasil: a vinculação no CPC/2015	80
4.2 Efeito vinculante e precedente vinculante: distinções necessárias	89
4.3 Vinculação obrigatória dos precedentes	100
4.4 Vinculação gradual	103
<b>5 O QUE SÃO PRECEDENTES VINCULANTES?</b>	<b>107</b>
5.1 O critério formal de vinculação é (in)suficiente?	108
5.1.1 O critério de autoridade: uma volta ao empirismo jurídico?	112
5.2 Demais critérios de vinculação dos precedentes	118
5.2.1 A posição hierárquica do tribunal	119
5.2.2 O dever de fundamentação adequada das decisões	120
5.2.3 O ramo do Direito envolvido e o grau de complexidade da causa	123
5.2.4 Criação da norma jurídica do precedente a partir da lei	124
5.2.5 A presença ou a ausência de dissidência	125
5.3 A importância da deliberação e da colegialidade para a formação de precedentes vinculantes	129
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>141</b>

## DEDICATÓRIA

Para minha família, razão da minha existência e da minha alegria: minha mãe, Socorro; meu pai, Hoster; e minha irmã, Tauane.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, que em sua infinita bondade, concedeu-me a calma e a fortaleza para continuar o árduo trabalho de produzir e escrever.

À minha mãe, por toda sua imensa força e sabedoria, marcas de uma mulher nordestina que conseguiu tudo que quis. Ela emana o amor materno, acalentando-me com gestos e cuidados.

Ao meu pai, a quem agradeço toda sua dedicação e amor. É impossível traduzir a força e a presença dele na minha vida.

À minha irmã, Tauane, com quem tenho a intimidade do olhar e com quem posso contar em todos os momentos felizes ou tristes. Eu não estou só e nunca estarei. Essa é a certeza que ela me passa.

Às minhas crianças, Heitor, Gabi, Juliana, Arthur, Mariana, Ignácio, Caetano, Caio e Sâmia, alegria dos meus dias, com quem brinco, sorrio, leio, ensino e, principalmente, aprendo as mais lindas lições de vida. A inocência e sabedoria deles são as coisas mais lindas de se ver.

Aos meus familiares, tios, tias, primos e primas, que sempre me apoiaram em todas as minhas escolhas.

À minha orientadora, pelo exemplo de professora e pessoa. Todas as suas lições estão profundamente guardadas em meu coração. Agradeço pelas histórias alegres e pela firme orientação, sem a qual o trabalho não seria possível.

Agradeço as minhas grandes amigas: Bruna, Roberta Maia, Tamiles, Roberta Guimarães e Dandara, pois, como diz Bethânia, são “os amigos que fiz, e que mantém a coragem de gostar de mim, apesar de mim...”

Agradeço também aos amigos da UFPA, especialmente Janaína e Felipe, integrantes da minha queridíssima turma de Teoria do Direito e Teoria dos Direitos Humanos.

Às minhas amigas queridas, Clarice, Débora e Jessyca, com quem criei laços para todo o sempre. Obrigada pela inspiração e o apoio. Que sorte a minha de encontrar com vocês no caminho.

À minha amada prima Chiara, luz da minha caminhada. Agradeço a ela por me permitir viver a amizade na sua forma perfeita, pois ela é o meu outro eu.

Ao meu amigo e sócio Bruno Rafael, que suportou minha ausência em todo o período de dedicação exclusiva ao trabalho. Obrigada pelo apoio, compreensão e acolhida.

Agradeço, por fim, à CAPES (CPNPQ) pela bolsa concedida, sem a qual não poderia me dedicar, exclusivamente, ao trabalho.

*“Todos os seres humanos naturalmente desejam o conhecimento”*

*Aristóteles – Metafísica*

## RESUMO

O trabalho analisa os precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 (CPC), especialmente os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF). Investiga-se a vinculação formal dos precedentes, a partir da sua disposição no Código de Processo Civil, buscando compreender como isso pode revelar a defesa da vinculação apenas por um critério de autoridade da Corte que proferiu a decisão. Esse critério de autoridade, embora importante, não deve ser analisado de forma isolada, sob pena de retomar argumentos que remetem ao empirismo jurídico, corrente teórica que oferece subsídios para decisões desprovidas de fundamentos jurídicos legais. Além disso, considerando a necessária leitura do processo a partir de um modelo constitucional, a preocupação com a comparticipação dos sujeitos deve ter especial atenção quando se analisam os precedentes do STF. No trabalho, os precedentes são considerados como princípios que operam a partir da sua força gravitacional, o que conduz a sua aplicação gradual, segundo critérios formais, mas também materiais, de modo que a autoridade da Corte é apenas um deles e não o único. A prática deliberativa do STF é um ponto determinante na análise da força gradual dos precedentes.

**Palavras-chave:** Precedentes. CPC. Vinculação. Autoridade. Princípios. Gradual. STF.

## ABSTRACT

This work aims analyze the binding precedents in the from the Brazilian Civil Procedure Code – CPC/2015, especially the precedents of the Supreme Court (STF). The formal linkage of the precedents is investigated, based on their provision in the Code of Civil Procedure, seeking to understand how this formal provision can reveal the defense of the linkage only by a criterion of authority of the Court that issued the decision. This criterion of authority, although important, should not be analyzed in isolation, under penalty of resuming arguments that refer to legal empiricism, a theoretical current that offers subsidies for decisions devoid of legal legal foundations. Furthermore, considering the reading of the process necessary from a constitutional model, the concern with the participation of subjects should be given special attention when analyzing the precedents of the Supreme Court. In the work, precedents are considered as principles that operate from their gravitational force, which leads to their gradual application, according to formal but also material criteria, so that the Court's authority is only one of them and not the only one. The deliberative practice of the STF is a determining point in analyzing the gradual strength of precedents.

**Keywords:** Precedents. CPC. Binding. Authority. Principles. Gradual. STF.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é analisar os precedentes vinculantes à luz do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Embora o estudo se volte para a dogmática processual brasileira, o tema dos precedentes atrai, como um ímã, outras áreas do Direito, como é o caso da Teoria do Direito e do Direito Constitucional. O foco de análise são os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo em razão dos estudos desenvolvidos acerca da sua realidade decisória e das repercussões disso sobre os precedentes vinculantes.

A hipótese que se pretende demonstrar é a de que a vinculação dos precedentes não pode ser justificada apenas pelo critério formal de sua disposição no CPC/2015, havendo outros critérios, também de ordem formal e material, que precisam ser analisados quando se busca vincular os demais juízes e tribunais aos precedentes formados no STF. Por isso, no lugar de uma vinculação obrigatória dos precedentes, fundamentada no critério formal e na autoridade institucional da Corte, constata-se que pode haver uma vinculação gradual desses precedentes.

Essa constatação está ligada a um dos marcos teóricos deste trabalho, que é o conceito de precedente como princípio defendido por Dworkin. Assim, o fato de os precedentes serem aplicados a partir da sua força gravitacional – força que é justificada não pela aplicação enquanto peça de legislação, mas pela equidade que reside em tratar casos semelhantes do mesmo modo – condicionou a análise dos outros critérios capazes de interferir no grau de vinculação dos precedentes.

A vinculação gradual dos precedentes pauta-se por outros critérios que não só os dispostos no rol do artigo 927 do CPC/2015, como a posição hierárquica do tribunal, o dever de fundamentação adequada das decisões, o ramo do Direito envolvido e a complexidade da causa, a criação da norma do precedente a partir da lei e da presença ou ausência de dissidência.

Esses critérios, quando seguidos, reforçam o grau de vinculação dos precedentes, tornando-os mais capazes de alcançar os objetivos de segurança jurídica, uniformidade, integridade e coerência das decisões judiciais e do ordenamento jurídico.

A pesquisa foi dividida em cinco capítulos e inicia-se pelo capítulo que explora os precedentes na tradição da *common law* e da *civil law*. Como não pode deixar de ser, discutir precedentes judiciais no Brasil envolve, necessariamente, contextualizá-los, inseri-los na realidade cultural e institucional do país. Verifica-se, assim, que, na tradição da *common law*, os precedentes desenvolvem-se gradualmente, sendo, inclusive posteriores à incorporação da doutrina do *stare decisis*. Alerta-se para o perigo de uma “ética dos precedentes”, evidenciando-

se que a escolha da disposição formal dos precedentes é mais uma tentativa de diminuição dos inúmeros problemas relacionados à falta de uniformidade das decisões judiciais.

Logo em seguida, no capítulo 2, demonstra-se como o modelo constitucional de processo, outro marco teórico do trabalho, é fundamental na formação dos precedentes vinculantes, principalmente pela necessária participação dos sujeitos processuais e da sociedade na discussão das questões constitucionais.

O capítulo 3 é dedicado à tarefa de definir os precedentes e as diferenças entre precedentes, decisão, jurisprudência, súmula, adotando-se a concepção dworkiniana de que precedentes são princípios. Define-se, também, o que vincula no precedente, demonstrando-se que a definição da *ratio decidendi* é um trabalho árduo e complexo, inclusive na tradição da *common law*. O Brasil, é claro, não poderia desconsiderar essa dificuldade. Apresenta-se, além disso, uma definição de *obiter dicta* que vai além do conceito de meras “falas de passagem”.

Já no capítulo 4, focam-se os argumentos da doutrina processual brasileira acerca do que são os precedentes vinculantes, apontando-se a diferença entre efeito vinculante da decisão e precedente vinculante, confusão conceitual presente nas propostas de vinculação obrigatória. Como contraponto, trata-se da vinculação gradual dos precedentes e da possibilidade de situá-los em um *continuum*, considerando outros critérios de vinculação.

O capítulo 5, por fim, é dedicado a aprofundar argumentos dos precedentes obrigatórios com base no critério de vinculação formal e da autoridade institucional do STF. Busca-se examinar os demais critérios que devem ser analisados na vinculação gradual dos precedentes, dando-se ênfase à colegialidade das decisões do STF e a sua necessária adequação ao modelo constitucional de processo.

A pesquisa é descritiva e bibliográfica-documental, tendo como foco a doutrina processual brasileira e os precedentes do STF, especialmente pela análise que se faz da sua realidade decisória. Quando se trata de precedentes, remete-se aos precedentes da Corte Suprema, embora se façam menções passageiras ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo. Por outro lado, ainda que o foco do trabalho seja a realidade dos precedentes no Brasil, a análise de textos estrangeiros foi fundamental na comparação do desenvolvimento dos precedentes na tradição da *common law*.

# 1 *COMMON LAW*<sup>1</sup> E *CIVIL LAW* NA TEORIA DOS PRECEDENTES: DIVERGÊNCIAS OU CONVERGÊNCIAS?

## 1.1 Precedentes na *common law* e o *stare decisis*

A clássica divisão entre as famílias de *civil law* e de *common law* está presente em grande parte das pesquisas desenvolvidas sobre o tema dos precedentes judiciais. Isso se deve à necessidade de estabelecer as diferenças entre a formação e a aplicação dos precedentes na tradição da *common law* e o modo como esse modelo de seguir decisões judiciais poderia ser incorporado em um país como o Brasil, que sempre atrelou a atuação dos juízes à aplicação das leis, característica marcante da *civil law*.

A discussão que se pretende travar neste tópico busca justamente explorar as relações entre essas duas tradições jurídicas, problematizando o fato de o Código de Processo Civil de 2015 ter adotado um conceito de “precedentes vinculantes” para a realidade brasileira, gestado historicamente na tradição da *common law*. Esse “encaixe” dos precedentes na realidade brasileira será examinado, inclusive, sob a perspectiva de uma “ética dos precedentes”.

Importa esclarecer que a “tradição” revela e identifica um conjunto de atitudes fundamentais sobre a natureza do direito, seu papel na sociedade e no corpo político, as quais estão profundamente arraigadas e historicamente condicionadas. A forma como se faz ou se deveria fazer o direito e a maneira como é estudado ou aplicado revelam que a análise das tradições jurídicas deve seguir uma perspectiva cultural (ZANETI JR., 2019, p. 41).

A tradição pode ser entendida como o agrupamento de diversos sistemas jurídicos, os quais, por representarem um conjunto de normas utilizadas para regular determinada sociedade, apresentam características comuns no seu funcionamento. Trata-se, assim, de identificar nos diversos sistemas jurídicos, como o brasileiro, o português, o japonês, o inglês, o francês, dados comuns ou bastante semelhantes que permitam entendê-los como pertencentes a determinada tradição (MACÊDO, 2019, p. 35).

Nesse sentido, não se deixa de reconhecer, até para fins didáticos, que o histórico de formação das tradições da *common law* e da *civil law* é importante para explicar como o sistema de precedentes judiciais desenvolveu-se em países como Inglaterra e Estados Unidos e como a lei e os códigos ganharam mais relevância em países continentais, incluindo o Brasil.

---

<sup>1</sup> Importa esclarecer que a pesquisa irá se referir à *common law* e a *civil law* no feminino, em razão a referência à família ou tradição. Nas citações diretas, porém, será mantida a forma como o autor se referiu, o que, muitas vezes, ocorre no masculino.

Abordar o desenvolvimento da *common law* tem lugar neste trabalho, sobretudo, para indicar que alguns desafios que essa tradição sempre enfrentou, no que diz respeito à formação e ao aperfeiçoamento do uso dos precedentes, precisam ser analisados com cautela quando se importa para o Brasil um “sistema” de precedentes judiciais.

A comparação entre os direitos<sup>2</sup> dos diversos países constitui um passo importante no aprofundamento da análise das técnicas e soluções que as diversas tradições jurídicas incorporam aos seus sistemas jurídicos como forma de aperfeiçoamento dos seus procedimentos. No século XXI, o uso das tecnologias e o encurtamento dos espaços são cada vez mais evidentes, sobretudo quando se observam a utilização e a adaptação de técnicas processuais estrangeiras que estão voltadas para a celeridade da tramitação dos processos e a gestão do quantitativo de processos repetitivos<sup>3</sup>, ambas situações alarmantes no Brasil.

É curioso notar que essa comparação entre os direitos não é apenas uma realidade de poucos séculos atrás, porque a base do tratado que Aristóteles escreveu sobre a política (ARISTÓTELES, 2009) foi o estudo de 153 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras (DAVID, 2002, p. 1). Dentre as utilidades que a comparação pode oferecer aos estudos do direito, evidenciam-se o melhor conhecimento e o aperfeiçoamento do direito nacional (DAVID, 2002, p. 4), particularmente no que diz respeito às influências da *common law* e à utilização dos precedentes no direito brasileiro.

Em uma perspectiva histórica, na tradição inglesa durante o século XII, o direito costumeiro e o direito feudal, recentemente trazido do continente, coexistiam como fonte do Direito, sobressaindo-se, é claro, o direito costumeiro, mesmo dificilmente aferível. O direito inglês é a raiz da *common law* e desenvolveu-se gradativamente a partir da criatividade jurisprudencial, em uma série de decisões em casos específicos que “passam a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios” (MACÊDO, 2019, p. 51). Isso torna o direito inglês eminentemente declaratório, porque a *common law* deve ser descoberta e declarada pelos juízes a partir de cada caso (*case law*), sendo o precedente o resultado que apenas declara a *common law* preexistente (MITIDIERO, 2016, p. 31).

---

<sup>2</sup> Fala-se em comparação entre os direitos e não propriamente de direito comparado, porque se entende ser esse último um método utilizado na ciência jurídica do qual não se fará uso neste trabalho. A utilização da comparação entre os direitos terá fins históricos e buscará demonstrar o desenvolvimento das diversas tradições, sem que com isso se pretenda aplicar toda a metodologia necessária do método comparado.

<sup>3</sup> No caso da gestão de demandas repetitivas, considera-se como julgamento de casos repetitivos as decisões proferidas em a) incidente de resolução de demandas repetitivas e em b) recursos especial e extraordinário repetitivos (CPC, art. 928), as quais formam um microssistema de solução de casos repetitivos. Essas duas técnicas, apesar de não totalmente coincidentes, foram criadas com o mesmo objetivo de conferir tratamento adequado e racional às demandas repetitivas, tendo como inspiração o *Musterverfahren*, alemão, e o *Group litigation order*, inglês (SILVEIRA, 2021, p. 120-121).

Os precedentes tinham, inicialmente, papel ilustrativo na tradição da *common law* inglês, explicando o direito nas decisões judiciais e posteriormente auxiliando o ensino jurídico. Os precedentes não funcionavam, portanto, como “critérios decisórios, como normas, mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*” (MITIDIERO, 2016, p. 28-30).

A *common law* – é importante esclarecer – nada mais é do que o direito comum a toda a Inglaterra, contrapondo-se aos costumes locais, principalmente após a conquista da Inglaterra pelos normandos em 1066, o que acarretou uma intensa sistematização de diversas áreas. Foram assim esclarecidos e sedimentados os direitos da Coroa, os registros de terras e os recursos tributários, gerando uma organização e uma execução severas dos direitos reais, “base determinante para a construção da tradição da *common law*” (MACÊDO, 2019, p. 48).

A diferença entre as duas tradições (*common law* e *civil law*) não está, como comumente se pensa, na quantidade de leis existentes em países de cultura anglo-saxã, se comparados aos demais países<sup>4</sup>. O que ocorre, na verdade, é a atribuição de funções específicas à produção normativa do Parlamento, de modo que a sua atuação está mais voltada para uma regulação ampla de matérias nevrálgicas (LOPES FILHO, 2020, p. 36).

Cada tradição jurídica – e aqui se fala de três especificamente – dá destaque a figuras diferentes. Por exemplo, a tradição inglesa dá destaque à figura do juiz, a tradição francesa dá proeminência ao Legislativo e a tradição alemã confere elevado prestígio aos doutrinadores (LOPES FILHO, 2020, p. 36). A formação histórico-cultural é, assim, fundamental para compreender a formação e o desenvolvimento de cada uma delas, importando, inicialmente, a formação da *common law*, dada a sua umbilical relação com um sistema de precedentes e o *stare decisis*.

Porém, a *common law* não significa, necessariamente, a obrigatoriedade de seguir precedentes, pois a *common law* e a doutrina do *stare decisis* desenvolveram-se em épocas diferentes. De fato, a doutrina do *stare decisis* consolidou-se na Inglaterra apenas em 1898, com o julgamento do caso *London Tramways Company v. London County Council* (CRAMER, 2016, p. 20) e a expressa declaração da *House of Lords* sobre a vinculação aos seus próprios precedentes (VIANA; NUNES, 2018, p. 106).

Daniel Mitidiero (2016) explica que, antes desse período de expressa vinculação, os precedentes tinham uma função persuasiva nos séculos XVI e XVII, momento em que passaram

---

<sup>4</sup> “[...] devemos abandonar a ideia de que a legislação é, no direito inglês, uma fonte de importância secundária. Esta ideia já não é verdadeira em nossos dias. Na verdade, a Inglaterra não tem códigos, mas o ‘direito escrito’ é, neste país, quase tão importante e está tão desenvolvido como no continente europeu” (DAVID, 2002, p. 442).

a ser utilizados como critérios para decisões de casos, desde que não contrariassem o direito. Os juízes desempenham nesse momento o papel de *oracles of the law*, sendo responsáveis apenas por declarar decisões, em uma atividade eminentemente dedutiva<sup>5</sup>, sem qualquer valoração entre possíveis significados diferentes (MITIDIERO, 2016, p. 35).

A regra do *stare decisis* é, assim, teorizada pela primeira vez em 1835, com James Ram, que expressamente defendia que a decisão do tribunal era fonte do direito e, por isso, deveria ser observada nos casos análogos futuros (VIANA; NUNES, 2018, p. 103).

*Stare decisis* é a abreviação da expressão *stare decisis et quieta non movere*, que designa a doutrina essencial do sistema jurídico imperante nos países anglo-saxões. De maneira geral, respeitar as decisões precedentes – ou apenas precedentes – significa entender que decisões tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problemas semelhantes (LEGARRE; RIVERA, 2006, p. 109) devem ser consideradas na solução de casos atuais.

Essa vinculação, segundo os teóricos, não ocorria de forma idêntica em todos os casos, havendo uma variação com base em vários critérios, como, por exemplo, a hierarquia do tribunal e a capacidade de extração de uma clara *ratio decidendi* do caso (VIANA; NUNES, 2018, p. 103).

É fundamental que se entenda que a *ratio* ou a *holding*<sup>6</sup> de uma sentença é delimitada pelos fatos aos quais se aplicam; portanto, apenas quando em um caso futuro existem fatos relevantemente análogos aos do precedente, a sua *ratio* ou *holding* obriga, ou seja, tem autoridade. Por isso, “perguntar-se ‘qual é a *holding* [ou a *ratio*] de um caso’, é, na realidade, perguntar: ‘pode-se dizer que a regra de direito desse caso governa quais situações fáticas?’, é dizer ‘para quais casos futuros a decisão desse caso constitui uma autoridade vinculante?’” (JONES, 1980, p. 118 *apud* LEGARRE; RIVERA, 2006, p. 122, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Tal observação a respeito dos diversos fatores que influenciam a vinculação, aqui apontados a título de exemplo, é fundamental na construção do que se pretende ser uma teoria dos precedentes vinculantes do Brasil, porque não se deve resumir a operação com precedentes a uma crença romântica na racionalidade pela extração e pela aplicação de “teses” que estejam desvinculadas da realidade fática dos casos.

<sup>5</sup> A aplicação das normas precedentais “se consubstanciava simplesmente em uma atividade lógico-dedutiva, em que, uma vez assentadas as premissas de direito e de fato, a conclusão é necessariamente *a única resposta correta* para o caso (MITIDIERO, 2016, p. 35, grifo do autor).

<sup>6</sup> Designação da *ratio decidendi* na tradição dos Estados Unidos.

<sup>7</sup> No original: “preguntarse ‘¿cuál es el *holding* [o la *ratio*] de un caso?’, es en realidad preguntar: ‘¿Cuáles situaciones fácticas puede decirse que la regla de derecho de ese caso gobierna?’, es decir, ‘¿Para cuáles casos futuros constituye la decisión de ese caso una autoridad vinculante?’”

Importa observar, portanto, que o *stare decisis* não surge ou “nasce” de uma decisão específica, mas se desenvolve em um lento e longo amadurecimento da atuação judicial e do respeito aos seus próprios precedentes. Esse desenvolvimento, até a efetiva vinculação, foi marcado por profunda desconfiança quanto à atuação dos juízes, havendo para tanto uma série de propostas de codificação do direito inglês que visavam acabar com a insegurança causada pela falta de parâmetros de aplicação.

Jeremy Bentham é o grande responsável pelo movimento de codificação do direito inglês, sustentando o seu projeto nas inúmeras críticas que tecia à falta de segurança jurídica em razão da inexistência de normas jurídicas previamente “cognoscíveis e efetivas” (MITIDIERO, 2016, p. 40). Soma-se a isso a necessidade de tornar os *law reports*, relatórios que eram feitos por particulares com o inteiro teor dos casos julgados nas cortes, mais confiáveis, precisos e científicos, pois disso dependeria a acessibilidade, a cognoscibilidade e a confiabilidade dos precedentes, “na medida em que não é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito não é cognoscível e confiável” (MITIDIERO, 2016, p. 41). A partir de 1865, os *law reports* deixaram de ser feitos por particulares, que geralmente eram juristas, e passaram a ser elaborados por um conselho, o *Council of Law Reporting for England and Wales*, que perdura até os dias atuais (CRAMER, 2016, p. 18).

A seleção dos precedentes que estariam nos relatórios dependia de uma série de fatores e não representava uma tarefa fácil, pois, sem a definição clara da competência de cada uma das cortes e da sua respectiva posição na administração da justiça, não era possível dimensionar de maneira adequada a “autoridade das razões invocadas para a solução de casos e questões em suas decisões” (MITIDIERO, 2016, p. 41).

Nesse ponto, cita-se apenas o problema da competência, porque coexistiam, até o século XIX, na Inglaterra, duas cortes responsáveis por julgar os casos: as cortes locais estavam situadas em cada feudo e resolviam os casos de acordo com os costumes do lugar, enquanto as cortes reais julgavam os casos que diziam respeito aos interesses da Coroa e aplicavam a *common law* ou o direito comum a todo reino. Essas cortes reais configuravam uma jurisdição especial, pois, em regra, só julgavam os assuntos do rei. Todavia, a partir do século XV, a demanda nas cortes reais passou a ser cada vez maior e a *common law*, mais aplicado a qualquer tipo de caso e não apenas às situações que diziam respeito ao rei. Mas havia uma série de requisitos formais que deveriam ser preenchidos para que se admitissem os casos nas cortes reais, sendo essas dificuldades contornadas com petições diretas ao rei buscando a solução do conflito (CRAMER, 2016, p. 14-15).

Essas petições, porém, eram apreciadas não pelo rei, mas por um chanceler indicado pelo rei, que, ao invés de julgar os casos segundo a *common law*, julgava-os de acordo com as regras da *equity*. Com isso, no século XV, a Corte de Chancelaria passou a coexistir com as cortes reais (CRAMER, 2016, p. 15). É apenas no século XIX que o sistema de *equity* é incorporado às cortes reais<sup>8</sup> (MACÊDO, 2019, p. 53), que deixam de ser jurisdição de exceção e passam a integrar a justiça comum (CRAMER, 2016, p. 16).

Vê-se então que uma das dificuldades para atribuir autoridade a um precedente e, assim, fazê-lo constar nos relatórios estava em identificar a competência de cada uma das cortes, o que só foi sanado com os *Judicature Acts* de 1873-1875 que “unificaram as jurisdições de *common law* e de *equity* e estruturaram as cortes inglesas em um sistema hierárquico-piramidal (*High Court of Justice* e *Court of Appeal*)” (MITIDIERO, 2016, p. 41).

Segundo Daniel Mitidiero, as condições para o surgimento da força vinculante do precedente resultam dessas mudanças estruturais no sistema de justiça inglês, com a organização das cortes de forma hierárquica, a colocação das razões nos *reports* e, ainda, a forte mobilização social para uma maior segurança jurídica. Isso teria modificado o caráter meramente persuasivo dos precedentes, tornando-os vinculantes (MITIDIERO, 2016, p. 42-43).

Porém, mesmo superada a dificuldade quanto à competência das cortes, vê-se que definir as razões capazes de vincular os demais juízes e tribunais também constitui difícil tarefa, pois parte da explicação para a autoridade dos precedentes reside do fato de fornecerem razões, mas pergunta-se: quais razões contam? (DUXBURY, 2008, p. 25).

Esse debate guarda íntima relação com a doutrina do *stare decisis*, porque o seu surgimento (e não a consolidação) está diretamente relacionado com a mudança nos julgamentos. Com efeito, os juízes começaram, ainda no século XVI, a produzir decisões fundamentadas, de forma que a jurisprudência passou a assumir bem mais o que se conhece como precedente judicial. Juntam-se a isso, como já se afirmou mais acima, o estabelecimento de *law reports* mais confiáveis e operados por profissionais e, na década de 70 do século XIX,

---

<sup>8</sup> “A distinção fundamental ensinada ao estudante de direito inglês é, pelo contrário, uma distinção que ignora completamente os direitos da família romano-germânica: é a que distingue a *common law* da *equity*. Já pudemos observar, na história do direito inglês, a origem desta distinção; a *equity* é um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e defeituoso. É necessário, neste momento, dar certas precisões sobre estas soluções de *equity* e mostrar, particularmente, como a distinção da *common law* e da *equity* continuou a ter importância até a época atual, apesar da ‘fusão da *common law* e da *equity*’, operada no que se refere à organização judiciária em 1875. De fato, ainda hoje, a distinção da *common law* e da *equity* continua a ser a distinção fundamental do direito inglês, comparável à nossa entre o direito público e privado, tanto que, como na França, onde os juristas se classificam naturalmente em privatistas e publicistas, os juristas ingleses se dividem também em *common lawyers* e *equity lawyers*” (DAVID, 2002, p. 388).

a introdução de um sistema hierárquico dos tribunais. Mas, conforme aponta Neil Duxbury (2008, p. 25), a primeira e crucial etapa do desenvolvimento do *stare decisis* foram os julgamentos apoiados em razões.

Portanto, fica claro que o *stare decisis*, embora umbilicalmente ligado ao sistema da *common law* inglês, desenvolve-se em momento posterior e após longos séculos de desenvolvimento dessa tradição, de modo que “o *Common Law* só veio a se tornar um sistema caracterizado pelo *stare decisis* a partir do século XIX, com os casos *Beamish v. Beamish* e *London Tramways Company v. London County Council*” (CRAMER, 2016, p. 23). Os desafios enfrentados até o estabelecimento da vinculação das cortes aos seus próprios precedentes não podem ser explicados por um único fator, mas é possível atribuir a um deles o maior peso nessa definição. Para Duxbury, a fundamentação tem um peso maior na definição do *stare decisis*, enquanto, para Macêdo (2019, p. 61), “o caminho em direção ao sistema de precedentes obrigatórios encontra-se estritamente ligado aos meios de dar publicidade às decisões judiciais”.

Importa destacar que, nos Estados Unidos, o uso dos precedentes nos tribunais deve ser observado como uma tradição ou prática<sup>9</sup> e não como uma doutrina, porque é algo profundamente enraizado na cultura da profissão jurídica e do Judiciário. A doutrina do *stare decisis*, em uma linguagem simples, exige que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores, porém não esclarece as circunstâncias em que os tribunais podem anular suas próprias decisões anteriores (SELLERS, 2006, p. 86).

Os americanos nunca se afastaram muito do caminho traçado por Bentham, ou seja, aquele do *stare decisis* extremo, no qual os tribunais deviam respeitar seus próprios precedentes mesmo quando errôneos ou irracionais. A distinção fundamental entre a prática inglesa e a americana pode ser explicada pelo fato de a visão americana do direito estar mais diretamente conectada à razão e à verdade revelada pela experiência do que a um comando (SELLERS, 2006, p. 87).

---

<sup>9</sup> A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que, uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para um caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a esse precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, “precedente” é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e “não mudem uma questão decidida”. Esse princípio, aplicando a doutrina do *stare decisis* para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do *common law* inglês (COLE, 1998, p. 12).

Isso não quer dizer, porém, que os tribunais americanos não tenham aceitado princípios que revelam que os tribunais não podem anular de forma leviana decisões anteriores, sobretudo pela necessidade de orientar claramente os indivíduos e de manter a fé do público no Judiciário como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados. Assim, quer estejam interpretando o *common law* ou constituições, os juízes americanos respeitam os seus próprios precedentes como um “princípio de política” e não como um comando inflexível (SELLERS, 2006, p. 87).

Essas afirmações demonstram a importância de se compreender o desenvolvimento da tradição da *common law*, bem como da doutrina do *stare decisis* na tradição inglesa e na tradição americana, de modo a observar a lenta e gradual modificação das estruturas, mas também dos próprios juristas sobre como observar e seguir os precedentes.

Nos Estados Unidos da América, pode-se dizer que a *common law* triunfou. Embora existam diferenças entre o desenvolvimento da tradição no direito inglês e no direito norte-americano, como o objetivo era demonstrar o esforço cultural e o caminho percorrido para o estabelecimento de precedentes vinculantes, optou-se por demonstrar como isso ocorreu a partir da realidade inglesa. Porém, pode-se afirmar que “as reformas de estrutura que foram realizadas no direito inglês, no decurso do século XIX, tiveram de modo geral o seu equivalente nos Estados Unidos” (DAVID, 2002, p. 455).

Já no Brasil, embora fique evidente uma tentativa de atribuir apenas à posição hierárquica das cortes a explicação da autoridade dos precedentes, é importante avaliar os diversos fatores que explicam o fato de outros juízes seguirem as decisões passadas. Isso importa, sobretudo, quando se pensa um sistema de precedentes no Brasil, cujo sistema jurídico é fruto da tradição da *civil law* e busca, portanto, adequar o que parece ser uma “solução” estrangeira a um problema nacional, que é a falta de uniformidade decisória.

Diante dessa discussão, buscar-se-á demonstrar o desenvolvimento da *civil law*, problematizando-o a partir do neoconstitucionalismo, de modo a entender como um sistema de precedentes pode encaixar-se no ordenamento jurídico pátrio e quais os desafios que isso implica.

## **1.2 Precedentes na *civil law* e o neoconstitucionalismo**

Na tradição ocidental, tanto a *common law* quanto a *civil law* preocupavam-se em ampliar a segurança jurídica por meio de maior objetividade, sistematicidade e coerência com os seus sistemas jurídicos, mas utilizando instrumentos completamente diversos. A primeira

valeu-se de um sistema de precedentes vinculantes, enquanto a segunda optou pela codificação (MACÊDO, 2019, p. 63).

Como já demonstrado no tópico anterior, o desenvolvimento da *common law* até uma doutrina do *stare decisis* não se deu de forma instantânea, mas foi resultado de uma série de modificações estruturais no que diz respeito à competência das cortes, assim como de uma maior fundamentação das decisões e de uma intensa preocupação com a publicidade das decisões que serviriam de precedentes.

Nos países de *civil law*, cuja tradição é a romano-germânica, esse movimento não é diferente, e seu desenvolvimento também ocorre de forma gradativa, porém é a legislação que ganha importância cada vez maior<sup>10</sup>. No caso do Brasil, o tópico seguinte mostrará que, historicamente, a preocupação com a vinculação dos demais juízes e tribunais às decisões de tribunais superiores é antiga.

Porém, é certo que a *civil law* identifica-se, necessariamente, com o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, cuja obra é a compilação de um grande complexo de textos jurídicos e cujo objetivo era renovar o direito romano e garantir maior certeza jurídica na sua aplicação (MACÊDO, 2019, p. 37). O período que vai de 285 d.C a 565 d.C corresponde ao período do *dominato* e é momento no qual as leis (em um sentido muito amplo) ofuscam as demais fontes do direito, ainda muito utilizadas nos períodos anteriores. Essas leis eram entendidas como constituições imperiais, principalmente na forma de *edicta* (editos), que, em virtude do *ius edicendi* do príncipe, dele emanavam (ATAÍDE JR., 2018, p. 238).

O direito imperial romano foi bem acolhido na Europa continental, sobretudo com o estudo do *Corpus Juris Civilis* e do Digesto (cinquenta livros contendo fragmentos das obras dos principais juristas), os quais eram tidos como a “razão escrita”<sup>11</sup>, de modo que foram absorvidas as bases jurídicas dos romanos pelo que hoje é o Ocidente: “a eficácia do direito

<sup>10</sup> “Os diversos países da família romano-germânica estão unidos por uma mesma concepção da função primordial que se deve reconhecer à lei. Contudo, certas diferenças podem, no que se refere à lei, notar-se entre uns e outros. Aludi a algumas diferenças relativas ao controle da constitucionalidade das leis, à codificação, à distinção da lei e do regulamento e à interpretação da lei. Estas diferenças têm, certamente, a sua importância. Mais importante que todas estas diferenças são as semelhanças que podem notar-se entre os variados direitos. Semelhanças que, antes de tudo, dizem respeito ao importante papel atribuído à lei. A lei, em todos os países da família romano-germânica, parece abarcar a totalidade da ordem jurídica; os juristas e a própria lei reconhecem, em teoria, que a ordem legislativa pode comportar lacunas, mas, na prática, parece que estas lacunas são insignificantes” (DAVID, 2002, p. 142).

<sup>11</sup> “Nos países de tradição romano-germânica, os princípios do direito foram sempre procurados num corpo de regras preestabelecido: antigamente, o *Corpus juris civilis*, hoje, códigos. A jurisprudência nos nossos ‘países de direito escrito’ apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: *non exemplis sed legibus judicandum est*, declara o código de Justiniano. As decisões de jurisprudência podem efetivamente ser dotadas de uma certa autoridade; mas de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito. Na verdade, isso seria desnecessário; temos já, independentemente delas, um sistema de regras de direito que basta a si próprio” (DAVID, 2002, p. 427).

como técnica de exercício de poder e a sua aspiração irrestrita de vigência e aplicação em relação a todos, e a própria perspectiva do direito como ciência especializada” (MACÊDO, 2019, p. 38).

Esse fenômeno de expansão, chamado também renascimento ou recepção do direito romano, ocorre a partir do século XII, iniciando-se na Itália e expandindo-se gradualmente pela França, Espanha, Portugal, Holanda e, por fim, Alemanha. O resultado dessa experiência na Alemanha foi o *jus commune*, o direito comum reconhecido em alguns países da Europa continental e que era contraposto ao direito costumeiro local. Ao longo da história, o Digesto – também chamado *Pandectas* – continua sendo estudado e ganha um uso moderno no século XIX na Alemanha, buscando-se adaptar o direito justiniano à sociedade alemã da época, no que ficou conhecido como escola pandectista (MACÊDO, 2019, p. 38).

Outro ponto importante para a tradição da *civil law* é a codificação do direito com o Código Napoleônico, que representou uma estreita ligação com o racionalismo e com a tentativa de dar trato científico, sistemático e exato ao direito, afastando a fragmentação e a multiplicidade de regras jurídicas, marcadas pela tradição e pelos costumes. Desse processo de codificação resulta a afirmação da superioridade do Legislativo sobre o Judiciário. Os códigos tinham por finalidade concentrar todas as soluções, ou seja, partiam de uma retórica de completude, retirando do Judiciário qualquer possibilidade de criação do direito. Esse panorama é fundamental para entender algumas características marcantes da tradição da *civil law*, como é o caso da rígida tripartição de poderes e, portanto, da clara separação entre a função e o valor de juízes e legisladores, de tal forma que a criação do direito é tarefa exclusiva dos legisladores (MACÊDO, 2019, p. 40-42).

Os juízes carregaram a desconfiança do *Ancien Régime* francês, enquanto os legisladores eram os heróis da revolução e representavam “a ascensão do povo ao poder e a renovação das ideias e, portanto, nada mais racional do que lhe atribuir, com exclusividade, a criação do Direito” (MACÊDO, 2019, p. 45).

Essa proeminência que a tradição francesa dá ao Parlamento na formação do Estado de Direito é fruto dos ideais racionalistas da modernidade que viraram padrão para o Ocidente. Sem dúvida, o Estado de Direito é o produto mais expressivo da Revolução Francesa, representando um ideal de racionalidade que permitia compreender, à época, a lei como produto da mente racional do legislador, o qual era representante da vontade geral (LOPES FILHO, 2020, p. 38).

Como se verá de forma aprofundada no capítulo 2, a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito visou permitir a máxima participação de todos os cidadãos, seja na esfera de produção das leis, mesmo de forma indireta por meio do Legislativo, seja no Poder Judiciário, garantindo sua real influência com amplo contraditório<sup>12</sup>.

Ainda no que diz respeito ao contexto histórico de formação da *civil law*, a escola da exegese, que teve seu apogeu entre os anos de 1830 e 1880 na França, tem papel importante nos contornos da atuação judicial. Reflexo dos valores iluministas e das ideias nascidas na Revolução Francesa, restringia a atuação do juiz à reprodução do texto legal, que era a única fonte do direito e prevalecia sobre a doutrina jurídica e a jurisprudência, o que conduzia a uma interpretação judicial voltada apenas para a apreensão dos textos legais (VERBICARO, 2019, p. 216-217).

A escola da exegese nada mais é do que um método puramente dogmático, baseado na análise exegética dos textos legais. Por meio de regras de gramática, de lógica e de sistemática, busca-se alcançar a vontade do legislador, de maneira que, na “visão exegética, a norma será a premissa maior, o fato será a premissa menor e a sentença será a conclusão” (VERBICARO, 2019, p. 220). Isso reduzia o trabalho do juiz à “mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação” (LOPES FILHO, 2020, p. 44).

O formalismo que representa a escola da exegese tem profunda relação com um modelo liberal de processo<sup>13</sup>, pois a figura de um juiz “boca da lei” atendia plenamente às demandas do mercado em nascimento, acolhendo a necessidade de certeza e de previsibilidade de uma sociedade emergente, impondo um papel de espectador imparcial ao juiz em um raciocínio estritamente formal, “reducionista e, por assim dizer, inviável, que atende a determinadas exigências ideológicas liberais, cujo preço é pago pelo Judiciário que se vê ceifado” (LOPES FILHO, 2020, p. 44).

No Estado Liberal, há o império da lei que fornece segurança aos indivíduos contra o próprio Estado. Fala-se em “juridificação do poder” – exigência de que todo poder seja exercido em conformidade com a lei –, como também em “constitucionalização do poder”, pois a ação do Parlamento é limitada pela Constituição, garantindo ao cidadão a segurança em relação ao

---

<sup>12</sup> A ideia central é compreender democracia segundo um aspecto material e não apenas formal, de acordo com a concepção do bem comum e da deliberação que ocorre no bojo da lei. O Brasil, país de tradição da *civil law*, deve atender aos critérios de um modelo de processo constitucional na criação dos precedentes judiciais, atento à comparticipação, aspecto fundamental para que não se defenda um positivismo normativista em pele de “neoconstitucionalismo”. Não há como se desprender dos parâmetros legais, e a formação de precedentes na Suprema Corte necessita de um modelo de processo constitucional democrático não apenas no sentido formal de participação, mas de entendimento de parâmetros já definidos legal e constitucionalmente.

<sup>13</sup> Os modelos ideológicos de processo são explorados no capítulo 2 deste trabalho.

Executivo, que deve pautar sua atuação pela lei, e em relação ao Legislativo, na medida em que a produção normativa tem seus limites delineados pela Constituição (BARZOTTO, 2007, p. 15).

A escola da exegese começa, porém, a ruir no final do século XIX e começo do século XX, diante da falta de homogeneidade dos parlamentos e da insuficiência do modelo liberal e do método exegético de decisão judicial. Além disso, a maior complexidade das relações sociais, políticas e econômicas resultou em novas lides judiciais e na necessidade de introduzir mudanças nas leis para adequá-las a essa nova realidade (VERBICARO, 2019, p. 231).

O modelo de positivismo exegético, em que a aplicação das leis é caracterizada pelo esquema silogístico formal da subsunção, no qual o texto legislativo é a premissa maior e os casos concretos são as premissas menores, será remodelado por Hans Kelsen (LOPES FILHO, 2020, p. 48) em sua análise positivista normativista, segundo a qual a decisão judicial não tem um simples caráter declaratório e, portanto, a função do tribunal tem caráter constitutivo, volitivo e político (VERBICARO, 2019, p. 256).

Diferentemente da concepção ampla e geral do positivismo, marcada pela pretensão de esclarecer, “cientificamente, o fenômeno jurídico por meio exclusivo da análise das estruturas normativas que regulam coercitivamente a ação humana, bem como dos mecanismos formais de produção e de validação interna das normas jurídicas” (FERREIRA NETO, 2015, p. 223), o positivismo kelseniano, de matriz kantiana, “compreendeu a teoria como ciência e a interpretação como externalização de um ato político” (VERBICARO, 2019, p. 255). Isso significa que a interpretação do juiz resulta de uma escolha entre as várias possibilidades compreendidas dentro da “moldura”<sup>14</sup> que a norma jurídica representa.

Esse positivismo normativista traz inúmeras e sérias implicações para a interpretação judicial, pois, embora supere a crença exegética segundo a qual o juiz exerceria uma função meramente declaratória de um direito predeterminado pelo legislador, Kelsen admite uma ampla discricionariedade aos juízes, que terão suas escolhas baseadas na vontade e não em um juízo cognitivo ou mesmo predeterminado racionalmente (LOPES FILHO, 2020, p. 51).

---

<sup>14</sup> “É no capítulo VIII da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960) que Kelsen, para explicar o fenômeno da interpretação jurídica, traz a célebre metáfora da moldura. A norma geral a ser aplicada é uma moldura na qual se encontram várias possibilidades de normas individuais, devido ao caráter equívoco da linguagem. Entre essas possibilidades, cabe ao julgador escolher qual será atualizada. O caráter sedutor da metáfora está em que permite combinar, a um tempo, vinculação e liberdade do julgador. Mas não esqueçamos que a sentença é uma norma individual, e como tal, produzida pela vontade. Assim, a descrição kelseniana da aplicação judicial do direito pode ser formulada nos seguintes termos: a sentença, norma individual, é produzida por um ato de vontade que escolhe, entre as várias possibilidades contidas no interior da norma geral a ser aplicada, a que apraz ao julgador” (BARZOTTO, 2017, p. 17).

É nesse sentido que o positivismo normativista de Kelsen é axiologicamente neutro, por não admitir a dimensão de valor do Direito, assim como é voluntarista (LOPES FILHO, 2020, p. 49), pois a decisão judicial terá o conteúdo que dependa, exclusivamente, da valoração do juiz, único dado imutável dessa decisão, porque a própria moldura é opcional para o juiz. Assim, a sua perspectiva pessoal, a sua ideologia é o que constitui o verdadeiro conteúdo da decisão judicial (BARZOTTO, 2017, p. 21).

Essa doutrina kelseniana, de natureza positivista e normativista, importa para o entendimento dos precedentes vinculantes no Brasil. Embora parte da doutrina processual tenha concebido teses na tentativa de traçar uma análise pós-positivista da aplicação de precedentes, ainda prevalece o ideal do positivismo normativista.

Em sua concepção de precedentes, Kelsen busca alcançar uma norma geral obtida por abstrativização da decisão. Portanto, a decisão judicial pode ter caráter de precedente quando se permite obter a partir dela uma norma individual que não era predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada pela via legislativa. Cabe, portanto, ao tribunal, a tarefa de criar Direito material, por meio de normas jurídicas gerais (LOPES FILHO, 2020, p. 54-55). Isso implica equiparar a aplicação de precedentes e de leis, estando ambos sujeitos à aplicação por subsunção.

Ora, se o objetivo do uso dos precedentes no Brasil é garantir mais uniformidade e determinação ao direito, a teoria normativista, seja pelo seu voluntarismo, seja pelo entendimento que carrega a respeito da aplicação dos precedentes como normas gerais, não traz qualquer aparato capaz de alcançar os objetivos traçados pelo CPC/2015.

Importa destacar isso porque se trata de ponto fundamental para entender o desenvolvimento da tradição da *civil law*, que, embora tenha superado a concepção positivista normativista, ainda retoma inúmeros de seus argumentos<sup>15</sup>.

Teorias que estejam profundamente comprometidas com o entendimento e a adequação dos precedentes judiciais no Brasil, sobretudo diante das inúmeras dificuldades para a sua

---

<sup>15</sup> Juraci Mourão Lopes Filho alerta: teses recentes sobre precedentes no Brasil, apesar de se proclamarem neoconstitucionalistas, possuem fortes raízes positivistas. O autor aponta Luiz Guilherme Marinoni como um desses teóricos e cita a seguinte passagem do livro *Precedentes obrigatórios* para ilustrar seu argumento: “Considerada a sua finalidade, o precedente deve ser aplicado até os seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis. É tal potencialidade, inerente ao precedente, que torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou situações inicialmente não tratadas. Por idênticos motivos, se o fim do precedente deixa de estar presente diante de nova situação, não há como aplicá-lo. Em suma, se há outra situação, singularizada por razões compatíveis ou incompatíveis com as do precedente, justifica-se, respectivamente, a extensão ou a limitação do alcance do precedente” (MARINONI, *apud* LOPES FILHO, 2017, p. 236).

implementação no país, não podem apegar-se a discursos que desviem da tentativa de garantir uniformidade, integridade e coerência ao ordenamento jurídico brasileiro.

O retorno ao voluntarismo kelseniano pode ocorrer quando se defende um amplo papel para as “cortes de precedentes”, as quais seriam responsáveis pela interpretação do direito e pela elaboração de um material normativo básico, a partir do qual é escolhida a norma mais justa entre os sentidos permitidos pelos precedentes. Aos demais juízes, cabe adotar o precedente, entendido como ponto final de alguma controvérsia interpretativa, e explorar seus novos sentidos possíveis, “com uma dupla missão: manter a unidade do Direito e fazer ‘justiça’, dentro das balizas normativas” (STRECK, 2018, p. 27).

Isso acarreta uma proclamação da verdade das proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido produzidas por órgãos do Poder Judiciário<sup>16</sup>, defendendo-se um papel amplo e poderoso das cortes superiores, o que pode resultar na criação de normas por atos de vontade, como aponta Kelsen (STRECK, 2018, p. 28).

Esse panorama histórico da passagem do positivismo exegético para o positivismo normativista é fundamental para entender a importância que a lei desempenha nas famílias de tradição da *civil law* e como uma doutrina de precedentes pode formar-se nesse ambiente. O positivismo, é claro, não teve influências apenas nos países de *civil law*, mas é evidente que essa configuração normativista esteve ligada à tradição continental, diferente do positivismo analítico de Jeremy Bentham e John Austin, que, também se opondo à função dos juízes como meramente declaratória, teve papel preponderante no fortalecimento da doutrina do *stare decisis*. Isso porque a resistência analítica ao positivismo exegético fortaleceu o *stare decisis* quando apetrechou juízes e advogados de recursos teóricos para identificar a *ratio* de um julgado e o modo de utilizá-la posteriormente, o que “significou uma solução confortavelmente intermediária entre ‘a boca da lei’ e o ‘juiz legislador’” (LOPES FILHO, 2020, p. 52).

É importante que se pontue ainda que, embora Kelsen, Bentham e Austin tenham como ponto de partida a desmistificação da função jurisdicional eminentemente declaratória, Kelsen “não chegou à conclusão de fortalecer a importância dos pronunciamentos judiciais na ordem

---

<sup>16</sup> “Assim, em virtude dessa frustração diante da lei, o cético poderia ser levado a crer numa fatídica resignação diante dos tribunais, sobretudo em razão da inexistência de sanção ao juiz que se afastar mesmo dos precedentes. Como dito, porém, isso seria simplesmente consequência da frustração de um autoritário, que, mais recentemente, se ilude com a certeza e previsibilidade do precedente. Tal conclusão não é válida, porque, ‘em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial’. Portanto, tem-se consideração similar à do quadro hermenêutico de Kelsen, porque, conquanto não se possa falar de um sentido unívoco, também não há de se cogitar em uma arbitrariedade absoluta, haja vista os limites determinados por padrões mínimos” (LOPES FILHO, 2020, p. 57).

jurídica, pois não abandona a posição de que a decisão é primordialmente uma norma individual e concreta” (LOPES FILHO, 2020, p. 52).

Fica claro, portanto, como se faz necessário o alerta sobre a volta ao positivismo normativista nas teses que buscam fundamentar a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, sobretudo em razão do voluntarismo que subjaz a essa teoria.

Seguindo o caminho que visa demonstrar a valorização das leis e como isso impacta a adoção dos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, é preciso avançar para as teorias que se denominam pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Esse panorama é fundamental para que se possa compreender o aporte teórico de várias teses que buscam explicar os precedentes nas cortes superiores brasileiras.

Para aprofundar o positivismo e sua posterior superação, cabe lembrar Herbert Hart, sem dúvida, um teórico fundamental no desenvolvimento da teoria do direito. Sua teoria pode ser compreendida com um “positivismo jurídico renovado” em razão da sua concepção de que a discricionariedade judicial é admitida apenas na estrita hipótese de lacuna da lei. Nos demais casos em que há norma regulamentadora, “a decisão, ao contrário de ser livre, é vinculada a critérios determinados e fechados, aplicando-se por mera subsunção dos fatos à norma” (VERBICARO, 2019, p. 263). Essa renovação do positivismo jurídico demonstra que a existência de casos difíceis impele os juízes a fazer uso do seu poder discricionário, de modo a definir o sentido da regra (VERBICARO, 2019, p. 270).

Hart diz que os poderes dos juízes são intersticiais, pois não podem ser usados para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. A atuação dos juízes ocorrerá nos casos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta, de forma que o juiz deve exercer o seu poder de criação do direito, mas não de forma arbitrária, ou seja, deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão (HART, 2001, p. 336).

Observa-se que tanto o positivismo de Kelsen quanto o de Hart evidenciam a discricionariedade judicial e o voluntarismo dos juízes, pois, embora Hart fale em agir de forma não arbitrária, o autor argumenta que o juiz deve “agir como um juiz consciencioso agiria, decidindo de acordo com suas próprias crenças e valores” (HART, 2001, p. 336).

Nesse contexto, é conhecido o debate entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade judicial. Ultrapassadas as crenças exegéticas sobre a aplicação da lei e o papel do juiz como “boca da lei”, vêm à tona as discussões a respeito do papel do Poder Judiciário em um Estado constitucional, ou seja, em um Estado em que “a referência jurídica migra da lei para a

Constituição, que é tomada como o instrumento adequado para expurgar do sistema a discricionariedade do positivismo normativista” (LOPES FILHO, 2020, p. 66).

Dworkin, na batalha argumentativa que trava com Hart, discorda da afirmação segundo a qual o direito tem lacunas ou é indeterminado, porque inclui, “além do direito explícito, identificado por referências às suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, normas que se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência e conferem a sua melhor justificação moral” (VERBICARO, 2019, p. 270). Dworkin (2020, p. 127) assevera ainda que, mesmo nos casos difíceis, o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Essa oposição que Dworkin faz ao poder discricionário que os juízes têm ao decidir será combatida, segundo ele, mediante a inserção dos princípios no direito. O princípio é entendido como “um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2020, p. 36). É no Modelo de Regras I que o autor desenvolve sua argumentação de combate à atuação discricionária dos juízes, tomando a obra de Hart como alvo de um ataque geral ao positivismo.

Observa-se em Dworkin a superação da separação entre Direito e Moral, antes defendida pelos positivistas, a qual terá impacto determinante no desenvolvimento da teoria constitucionalista e neoconstitucionalista, essencial para o entendimento dos precedentes na tradição brasileira.

Antes de abordar esse ponto específico, cumpre explicar que a teoria de Dworkin é interpretativista: traz a compreensão do Direito como integridade, ponto mais desenvolvido na obra *O império do direito*, em que o Direito é entendido como integrante de uma realidade interpretativa levada a efeito coletivamente e não por pessoas isoladas, de maneira que não há como entender um trabalho interpretativo sem situá-lo em um determinado ponto da humanidade, no qual se devem considerar as influências do passado e do presente (LOPES FILHO, 2020, p. 73). O interpretativismo é, portanto, uma premissa epistemológica no sentido de que as concepções de direito são influenciadas por princípios de moralidade política.

No tocante aos precedentes, a teoria do direito como integridade e as figuras do “romance em cadeia<sup>17</sup>” e do “juiz Hércules”<sup>18</sup> subjazem ao entendimento acerca dos precedentes na tradição do *common law*, de modo que Dworkin busca afastar a ideia de que aplicar precedentes é como aplicar leis, pois essas últimas dispõem de força de promulgação, própria da democracia, enquanto os precedentes dispõem da força gravitacional que lhes é própria.

O autor explica que os precedentes exercem força gravitacional sobre as decisões posteriores e que essa força gravitacional “faz parte da prática capturada pela teoria geral de Hércules a respeito dos precedentes” (DWORKIN, 2020, p. 174-175). Isso porque, segundo Dworkin, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores de fato contribuem na formulação de novas e controvertidas regras, assim como aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. Segue afirmando que a força gravitacional do precedente “não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação” (DWORKIN, 2020, p. 176). A força gravitacional do precedente seria, então, explicada por um apelo à equidade, que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo.

É clara a refutação de Dworkin da noção de aplicação de precedentes nos moldes de uma norma legislativa “que se impõe inarredavelmente por simplesmente ter sido posta por um tribunal” (LOPES FILHO, 2020, p. 75), dependendo da influência de outros fatores que aumentam ou diminuem sua influência sobre o caso posterior.

No que diz respeito ao Brasil, é importante pontuar que as decisões judiciais devem, necessariamente, considerar a relação entre os princípios e as leis. A teoria de Dworkin sobre os precedentes judiciais foi gestada para a realidade da *common law* americana, na qual a legislação tem papel secundário na realidade jurídica, sendo o direito costumeiro mais

---

<sup>17</sup> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 276).

<sup>18</sup> “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de *Hércules*. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo” (DWORKIN, 2020, p.165).

proeminente. Portanto, o respeito aos precedentes ocorre a partir da leitura dos princípios que guiam as decisões, os quais poderão ter força gravitacional e, assim, ser aplicados aos demais casos semelhantes. Dworkin não se refere à legislação, mas há que se reconhecer que, no Brasil, os precedentes devem resultar de uma interpretação do texto legal<sup>19</sup>, o que permitirá identificar, na fundamentação dos julgados, os argumentos utilizados e a força gravitacional dos princípios que guiaram a decisão, de modo a serem seguidos e aplicados aos casos semelhantes, em respeito à isonomia e à segurança jurídica. Porém não há como aceitar decisões que se pautem apenas por princípios, utilizando-se disso para afastar a aplicação da lei.

Seguindo na análise desse panorama pós-positivista<sup>20</sup>, Dworkin não ignora a discricionariedade judicial, mas tenta controlá-la racionalmente e restringi-la aos casos difíceis sem negar a relevância da jurisdição, a qual “se apresenta como fornecedora de experiências reais que possibilitam não só a análise das circunstâncias fáticas consideradas como também fornecem argumentações já testadas” (LOPES FILHO, 2020, p. 76).

As doutrinas pós-positivistas – em que se inserem tanto Dworkin quanto Alexy<sup>21</sup> – constituem o marco filosófico do neoconstitucionalismo, movimento que ganha força na Europa no período após a Segunda Guerra Mundial e no Brasil com a redemocratização.

Convém esclarecer que o termo “neoconstitucionalismo” tem mais de um significado, assumindo três sentidos: o teórico, o ideológico e o metodológico. O neoconstitucionalismo como teoria assume várias características, como a expansão constitucional com um catálogo de direitos fundamentais e peculiaridades interpretativas que põem esse modelo como alternativa ao positivismo. No sentido ideológico, o constitucionalismo representa a pretensão de garantir primariamente os direitos fundamentais e, além disso, de limitar o poder estatal, representando o ideal do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Já no terceiro sentido, o metodológico, o neoconstitucionalismo concebe o direito vinculado à moral, propondo que o

<sup>19</sup> Esse é, inclusive, um dos critérios apontados no capítulo 5 para a verificação do grau de vinculação dos precedentes.

<sup>20</sup> Nesse ponto escolhe-se Dworkin pela sua intensa ligação com o panorama pós-positivista na tradição da *common law* e pela sua influência direta sobre a discussão acerca dos precedentes judiciais. Os limites deste capítulo não permitem explorar de forma profunda todos os respectivos autores designados em suas minúcias do positivismo inclusivo, do positivismo exclusivo, hermenêutico e argumentativo. O capítulo debruçou-se sobre a mudança de um positivismo exegético para um positivismo normativista e sobre a superação desses modelos, que levou à construção de uma teoria interpretativista, pano de fundo de um modelo constitucionalista e do que posteriormente se denomina neoconstitucionalista.

<sup>21</sup> “Na teoria de Alexy, [...] os precedentes judiciais possuem grande importância. Em um primeiro nível, [...] isso se dá por conta da regra da universalidade, que por si só já justifica a obrigatoriedade dos precedentes. Todavia, não é só, na sua *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy acrescenta um dado de relevância dogmática para a adoção do *stare decisis*: toda decisão que aplica princípios acaba por criar uma regra, e essa regra, por sua vez, deve ser reconhecida e aplicada em casos que apresentem as mesmas circunstâncias fáticas relevantes. Isso eleva drasticamente a importância da decisão judicial sobre princípios” (MACÊDO, 2019, p. 160).

controle racional das decisões vai além do controle lógico, da mera subsunção (MACÊDO, 2019, p. 141).

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, veio à tona a discussão acerca da efetivação de direitos fundamentais, atribuindo-se ao Poder Judiciário um papel de maior relevância. A Assembleia Constituinte de 1987-1988, símbolo das discussões e fruto da participação dos grupos sociais, coroou o processo de redemocratização e promulgou uma “Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5.º, Parágrafo 1.º), e protegeu diante do próprio poder de reforma” (SARMENTO, 2009, p.100).

Vê-se, aqui, a conjugação dos sentidos teórico, ideológico e metodológico do neoconstitucionalismo, de maneira que a concepção da Constituição, documento que alberga os direitos fundamentais, requerendo uma atuação concretizadora do Estado, também representa uma mudança de postura interpretativa. A crítica ao positivismo jurídico é, sem dúvida, o ponto-chave da doutrina neoconstitucional, de modo a compreender que toda a vontade política deve subordinar-se às normas constitucionais. Isso reforça o papel dos juízes no Direito, especialmente daqueles que pertencem aos tribunais constitucionais, sobre os quais recai a ideia de guardiões e intérpretes da Constituição, cabendo-lhes, ainda, a declaração do seu verdadeiro significado (MACÊDO, 2019, p. 145).

Porém, a despeito da adoção de um marco teórico que busca mitigar a discricionariedade judicial, no Brasil, o neoconstitucionalismo resultou em um profundo sincretismo metodológico, responsável pelo recrudescimento do decisionismo e não pelo seu controle. Soma-se a isso o reconhecimento da força normativa da Constituição, que assegurou a incidência de princípios jurídicos para além dos casos difíceis (LOPES FILHO, 2020, p. 76-77), transformando-se em instrumentos usuais da retórica judicial. Esse contexto foi favorável à formação de um arcabouço teórico que viabilizou de maneira ampla o ativismo judicial, “autorizando o uso da interpretação constitucional como instrumento de voraz interferência em políticas públicas e mesmo a substituição das deliberações legislativas por uma exclusivamente judicial” (LOPES FILHO, 2020, p. 77). Esse aumento da discricionariedade judicial, fruto do uso desmedido e não técnico das regras e dos princípios, gerou um quadro completamente contrário àquilo que se pretendia como certeza e previsibilidade na atuação jurisdicional.

A demanda por maior previsibilidade, segurança jurídica e estabilidade na atuação jurisdicional continua, porém, sendo um objetivo a ser alcançado nesse ambiente de

neoconstitucionalismo tão presente nas últimas décadas. E é nesse cenário que se aprofunda a discussão acerca dos precedentes judiciais, sobretudo após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, cujos artigos 926 e 927 intentam alcançar o que a doutrina convencionou chamar um sistema de precedentes judiciais no Brasil.

Ao disciplinar a necessidade de os tribunais manterem sua jurisprudência “uniforme, estável, íntegra e coerente”, bem como ao listar as decisões que seriam formalmente vinculantes, o CPC/2015 retoma, de maneira evidente, a preocupação com a discricionariedade judicial e com as consequências que dela resultam, como é o caso da quebra da isonomia, quando há demandas idênticas sendo tratadas de forma distinta.

É esse, portanto, o pano de fundo no qual se busca compreender os precedentes judiciais no Brasil: um cenário moldado pelo neoconstitucionalismo, que resulta, ainda, na preocupação com a discricionariedade judicial, não mais fruto de um decisionismo baseado no positivismo, mas que ganhou espaço diante do sincretismo metodológico.

O histórico aqui feito, mesmo que não tão profundo quanto seria necessário, em razão da limitação do trabalho, visa demonstrar como o desenvolvimento da *civil law* tem íntima relação com a proeminência do Poder Legislativo e com a atenção dada à lei como fonte (até então) exclusiva do direito e como essa modificação ocorreu com o advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Isso tudo terá como objetivo esclarecer as discussões a respeito de um modelo de precedentes no Brasil e da sua necessária adequação ao modelo constitucional de processo, sob pena de uma volta ao positivismo exegético presente na teoria de Kelsen.

Todavia, para que se entenda a importância da análise dos precedentes com base no modelo de processo constitucional democrático, entendimento que deve guiar a criação e a aplicação das decisões no Estado Democrático de Direito, antes convém demonstrar que a discussão sobre precedentes do Brasil não deve retomar conceitos colonialistas, que ajudam a conservar um paradigma de dominação e de superioridade cultural. Além disso, compreender a construção de uma teoria dos precedentes judiciais adequada à realidade brasileira é fundamental para a concretização dos ideais de segurança jurídica, uniformidade, integridade e coerência das decisões.

### **1.3 Precedentes judiciais no Brasil: histórico brasileiro e a preocupação com uma “ética dos precedentes”**

Após uma discussão “macro” acerca do desenvolvimento da tradição da *civil law* e de algumas discussões sobre a teoria do direito que lhe subjazem, passa-se a debater, neste ponto, como o uso dos precedentes judiciais no ordenamento no Brasil deve considerar a realidade brasileira e seus aspectos culturais.

As diferenças históricas, que antes eram usadas para distinguir muito claramente as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, têm sido aos poucos superadas, seja pelos efeitos da globalização – uma maior integração cultural, social e econômica entre os países –, seja pela busca de soluções para os problemas que ambas as tradições enfrentam, seja ainda pelo advento do constitucionalismo, responsável pelo entendimento da constituição como a lei maior do ordenamento jurídico, o que permitiu que as cortes supremas assumissem o protagonismo nos sistemas legais, com decisões que passaram a ser entendidas como referência de validade ou interpretação da norma (CRAMER, 2016, p. 29-30).

A adoção de um sistema de precedentes busca uma maior uniformidade decisória por meio da imposição de uma vinculação das decisões dos tribunais superiores aos demais juízes e tribunais, com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica, integridade e coerência no Judiciário. Essa uniformidade, que seria garantida por essa vinculação, representa, na verdade, um “salto de fé” dos países de *civil law*. De fato, trata-se de uma tentativa de alcançar a estabilidade, a integridade e a coerência do artigo 926 do CPC/2015, o que levou à opção por um sistema de precedentes vinculantes mediante alteração legislativa. Essa escolha representa uma possibilidade viável para resolver os velhos e sempre presentes problemas (BRAVO-HURTADO, 2012, p. 335).

Os precedentes, nessa perspectiva, não devem ser vistos como uma espécie de “tábua de salvação”, ou seja, como uma solução mágica a ponto de serem importados do modelo inglês ou norte-americano sem restrições; devem antes ser analisados como mais uma tentativa de trazer uniformidade, seja internamente, nos próprios tribunais, seja externamente, por meio da vinculatividade das decisões proferidas pela Corte Suprema.

Ainda que ambas as tradições sejam vistas como híbridas por alguns doutrinadores – congreguem características umas das outras<sup>22</sup> (ZANETI JR., 2019, p. 24) ou caminhem cada vez mais para uma convergência (CRAMER, 2016, p. 23-33) – ainda existem diferenças culturais, estruturais e institucionais que desafiam a aplicação de precedentes judiciais no Brasil

---

<sup>22</sup> Para Hermes Zaneti Junior, a “tradição” brasileira é peculiar, pois apresenta traços das tradições europeias e norte-americanas. Ressalta o autor que a incorporação do *judicial review* ao direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1891, primeira Constituição da República, já inovou o sistema jurídico nacional ao trazer influências do direito norte-americano (ZANETI JR., 2019, p. 40-42).

(VIANA; NUNES, 2018, p. 149). Reconhecer que o modelo de precedentes judiciais precisa desenvolver contornos adequados à cultura brasileira significa adotar, com restrições, um sistema de precedentes judiciais gestado segundo os moldes culturais, sociais, econômicos e institucionais de uma sociedade diferente da sociedade brasileira.

Em uma perspectiva histórica, há autores que defendem a vinculatividade dos precedentes judiciais como uma característica do direito brasileiro, afirmando que o direito do Império e o direito português anterior valorizavam a jurisprudência e os precedentes de modo muito mais intenso do que se imagina. Mesmo diante de uma certa confusão entre os conceitos de jurisprudência e de precedente<sup>23</sup>, é importante observar que o objetivo de diminuir a dissidência interpretativa entre as decisões judiciais estava presente<sup>24</sup>.

Essa valorização, no entanto, não representou uma vinculação formal, mas apenas o indício da necessidade de se diminuírem as divergências entre os tribunais mediante o respeito à jurisprudência. No período do Império, havia o consenso acerca da não obrigatoriedade de os juízes seguirem os precedentes judiciais, tendo como argumentos a ausência de “força de lei” dos precedentes, a possibilidade de erro da decisão paradigma e uma referência ao fragmento do Códex que ordenava que as decisões dos juízes não deveriam fundar-se em exemplos estabelecidos pelos outros (DIDIER JR.; SOUZA, 2018, p. 212-217).

Isso se repete nos primeiros anos da República com a doutrina indicando que a eficácia vinculante ou normativa dos precedentes estaria vedada, em virtude da proibição de atividade legislativa pelos tribunais; além disso, haveria uma perda de liberdade interpretativa por parte

---

<sup>23</sup> Apenas para uma distinção inicial, pois são várias as diferenças entre jurisprudência e precedentes, vale destacar que, embora sejam comumente utilizados como termos sinônimos, “precedente” e “jurisprudência” são vocábulos distintos. Segundo Ronaldo Cramer (2016, p. 74-75), “a distinção entre precedente e jurisprudência é praticamente quantitativa. Precedente refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão”. Além do aspecto quantitativo, Taruffo (2011, p. 140-141) aponta uma diferença qualitativa entre precedentes e jurisprudência: “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos. Aqui, o problema depende daquilo que em verdade ‘constitui’ a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte de Cassação. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas”.

<sup>24</sup> [...] o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado o Direito brasileiro. A preocupação com a uniformidade da jurisprudência é histórica e se reflete nos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 (ANDREASSA JR., 2021, p. 67).

dos juízes, caso fossem obrigados a seguir os precedentes. Os precedentes tinham, portanto, apenas efeito persuasivo (DIDIER JR.; SOUZA, 2018, p. 217).

Todavia, assim como no Império, o direito republicano conferiu elevado prestígio à jurisprudência, passando a doutrina a admitir que o respeito aos precedentes dava-se após a formação de uma jurisprudência constante, “sem modificações de fundo”, o que era dificuldade relevante em razão da constante divergência dos tribunais. Observa-se, nesse momento, que o precedente só deveria ser seguido quando resultasse de uma quantidade de decisões semelhantes. A Constituição Federal de 1891 determinou e a doutrina reconheceu a prevalência da jurisprudência federal, dado o caráter de cúpula do Supremo Tribunal Federal, que decidia, em última instância, todos os processos do país. Pode-se verificar como o direito republicano apresentou muitas características do direito luso-brasileiro, como a ausência de vinculatividade dos precedentes judiciais e a utilização de pronunciamentos abstratos para a firmação da jurisprudência (DIDIER JR.; SOUZA, 2018, p. 219-220).

Isso porque, embora os assentos<sup>25</sup> tivessem “desaparecido” no direito da República, repagina-se esse instituto na forma dos diversos prejulgados e da súmula da jurisprudência dos tribunais, “que resgataram a tradição dos pronunciamentos abstratos dos tribunais superiores com o objetivo de formar jurisprudência e estabilizar a ocorrência de precedentes contraditórios” (DIDIER JR.; SOUZA, 2018, p. 223-224).

Diversos foram os mecanismos criados ao longo dos anos para a formação da jurisprudência, como, por exemplo, o recurso extraordinário com fundamento na existência de precedentes divergentes dos tribunais, recurso de revista com fundamento na existência de precedentes divergentes dentro do próprio tribunal, recurso ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), embargos de divergência no STF, incidente de uniformização de jurisprudência. Por fim, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 926, disciplina o dever dos tribunais de manterem sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

---

<sup>25</sup> “O Direito português antigo conservava o princípio segundo o qual a interpretação autêntica das leis era uma prerrogativa real, a ser exercida pela publicação de leis interpretativas ou na presidência das conferências dos mais importantes tribunais superiores: as Casas da Suplicação e do Cível. Aos poucos, contudo, à Casa de Suplicação foi atribuído o poder de declarar a interpretação autêntica da lei em substituição ao Rei, a quem competiria, a partir de então, interpretar as leis em cuja inteligência a Casa de Suplicação enfrentasse divergência ou dúvida. Não obstante os assentos tivessem sido concebidos como mecanismos de identificação da interpretação autêntica da lei, na prática tinham como objetivo formar jurisprudência, porque muitas vezes eram tomados como meio apto à uniformização de diversos entendimentos jurídicos concorrentes e presentes nos debates nos tribunais (‘auditórios’, para usar a expressão da época) portugueses. Por este motivo não causou espanto o fato de os novos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 terem reconhecido os assentos como dotados de força de lei (v. Liv. II, Tit. VI, Cap. III, § VII), entendimento corroborado pela publicação dos assentos nas coletâneas de legislação real, como a de Antonio Delgado da Silva, entre outros” (SOUZA, 2014, p. 75-76).

Esse histórico permite analisar criticamente as propostas que apresentam um fundamento ético para a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, pois vislumbram a sociedade norte-americana como um modelo a ser seguido pelos demais países<sup>26</sup> (MARINONI, 2016a).

A sociedade norte-americana seria, assim, o exemplo a ser seguido, pois, sob influência de um protestantismo ascético, conseguiu criar um comportamento imune a personalismos (VIANA; NUNES, 2018, p. 241). Isso ocorreu porque a reforma protestante teria contribuído para racionalizar a vida humana, criando um modo de vida que compreendia o trabalho como um dever religioso, o que estimulou o capitalismo e fez surgir a necessidade de um sistema legal com racionalidade formal em que a previsibilidade era inerente (MARINONI, 2016a, p. 189). Já no caso do Brasil, a figura do homem cordial, apresentada por Sérgio Buarque de Holanda com base em Max Weber, é utilizada para ilustrar um típico comportamento pessoal de um indivíduo que é hostil à impessoalidade e à racionalidade formal, características que se revelariam também nas instituições e na administração pública, permanecendo na cultura brasileira até hoje (MARINONI, 2016a, p. 190). Esse homem cordial é descrito como aquele que tem “a lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro”

---

<sup>26</sup> A noção de que a “cultura americana” deve ser seguida como um modelo de desenvolvimento social e também jurídico pode ser entendida e problematizada com base na evolução do conceito de cultura. O Iluminismo foi responsável por aproximar o conceito de cultura – até então entendido de maneira ampla, como o cuidado dispensado ao campo, ao gado – do conceito de civilização. No século XVIII, o termo “cultura” é sempre empregado no singular e de forma universal, inscrevendo-se na ideologia do Iluminismo e sendo associado às ideias de progresso, de evolução, de educação, de razão que estão no centro do pensamento da época. A ideia de cultura passa, então, a refletir a confiança em um futuro perfeito do ser humano, no qual o progresso nasce da instrução, isto é, da cultura, cada vez mais abrangente. Por isso, na França, cultura aproxima-se de “civilização”: enquanto a “cultura” evoca os progressos individuais, a “civilização” diz respeito aos progressos coletivos. Isso permite a divisão entre os povos que estão mais avançados e, portanto, “civilizados” e os “selvagens”, de modo que aqueles devem ajudar os mais atrasados a diminuir essa defasagem. Por outro lado, a concepção alemã de cultura está mais ligada à delimitação e à consolidação das diferenças nacionais, sendo, desse modo, mais particularista em razão da necessidade de afirmação do país como nação alemã, o que acontece pela glorificação de sua cultura. Embora o conceito alemão influencie as definições francesas, a ideia de unidade ainda suplantar a consciência da diversidade, pois, além das diferenças que se podem observar entre “cultura alemã” e “cultura francesa”, há a unidade da “cultura humana”. Os particularismos culturais serão minimizados (CUCHE, 2002, p. 17-31). Pretende-se com esse breve histórico do conceito de cultura, mesmo no século XXI, os termos “cultura” e “civilização” continuam sendo usados como sinônimos, o que revela uma antiga ideia de levar aos povos menos desenvolvidos a alcançarem a civilização. Não se desconsidera, no entanto, que o processo de globalização permite que diversas experiências culturais, sociais e jurídicas sejam vividas, experimentadas e sirvam de inspiração para o desenvolvimento de técnicas, modelos e soluções nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Todavia, alerta-se para os discursos de supressão das particularidades culturais sob o argumento, ainda presente, de um necessário processo civilizatório levado a cabo por países supostamente superiores. O direito e o processo são frutos da cultura em que estão inseridos (MESQUITA; COSTA, 2018, p. 296), mas não devem ser vistos com base no conceito universalista, reducionista de cultura, como se fossem uma “coisa” absoluta, objetiva, que pudesse ser apreendida por todas as pessoas; na verdade, trata-se de uma criação em constante modificação (WAGNER, 2010, p. 39-46).

(HOLANDA, 1995, p. 146), o que “refletiria muito de nossa impossibilidade de lidar com as questões políticas e de cidadania, para fora da esfera pessoal” (SCHWARCZ, 2008, p. 86).

Evolui-se, segundo Marinoni, do patriarcalismo primário, fundado na obediência à autoridade de um mestre patriarcal em uma determinada comunidade doméstica, para o patrimonialismo, no qual há uma administração organizada com um grupo de funcionários, mas sem a separação entre as esferas privadas e públicas (administração). O resultado disso é a vinculação desse tipo ideal de patrimonialismo ao Judiciário, fazendo-se referência à natureza pessoal das decisões, viabilizada em um sistema jurídico em que não há respeito pelos precedentes dos Supremos Tribunais (MARINONI, 2016a, p. 191-193).

Esse panorama revela que o fundamento para a adoção de um sistema de precedentes no Brasil seria mais que uma escolha política ou dogmática, mas uma necessária modificação de um comportamento social que não condiz com o ideal de desenvolvimento capitalista protestante. Nesse modelo ideal, no qual se enquadram alguns países que já adotam o sistema de precedentes, haveria uma maior uniformidade decisional que tornaria os precedentes aptos a serem não só um modelo jurídico, mas também cultural<sup>27</sup>.

A recepção acrítica desse modelo weberiano de patrimonialismo pode representar uma desvinculação do contexto histórico, o que demonstra o crescimento da complexidade e das melhorias institucionais, renegando o profissionalismo de juízes e reduzindo suas decisões à mera aplicação de preferências pessoais sem nenhuma racionalidade (VIANA; NUNES, 2018, p. 244).

Da mesma forma que países historicamente referenciados como pertencentes à família do *common law* incrementam a produção de leis, os países marcadamente de *civil law*<sup>28</sup>, como o Brasil, adotam medidas que podem (ou não) conferir mais uniformidade e consistência às decisões judiciais (CRAMER, 2016, p. 30), como é o caso dos precedentes judiciais, o que não representa uma superioridade de qualquer das tradições, mas apenas saídas possíveis para os problemas internos de cada ordenamento.

As convergências que as tradições da *common law* e da *civil law* apresentam, no sentido de garantir maior segurança jurídica na atuação judicial, não podem ser avaliadas sem que suas divergências sejam também consideradas. Não há, desse modo, um processo de

---

<sup>27</sup> É fundamental apontar a ideia de relativismo cultural e da cultura como criação: “uma vez que toda cultura pode ser entendida como uma manifestação específica ou um caso do fenômeno humano, e uma vez que jamais se descobriu um método infalível para ‘classificar’ culturas diferentes e ordená-las em seus tipos naturais, presumimos que cada cultura, como tal, é equivalente a qualquer outra. Essa pressuposição é denominada ‘relatividade cultural’” (WAGNER, 2010, p. 29).

<sup>28</sup> Sobre a origem “remota” dos precedentes vinculantes no direito romano, sugere-se a leitura de Ataíde Jr. (2018).

“*commonlização*” do direito brasileira, mas apenas a adoção de um mecanismo que pode contribuir para a uniformidade das decisões.

Desse modo, este histórico é fundamental para constatar que a tentativa de atribuir força vinculante às decisões é uma realidade na cultura jurídica brasileira, que ganhou força com uma série de modificações ao longo dos anos e que culminou com a edição do CPC/2015 e a disposição formal sobre quais decisões vinculariam os demais juízes e tribunais. Entende-se que essa mudança legislativa operou um ganho quanto à disciplina dos precedentes e a busca de maior integridade, coerência e segurança jurídica para o ordenamento brasileiro. Porém, a maneira como esses precedentes vincularão os demais juízes e tribunais precisa ser analisada de forma minuciosa, sobretudo à luz do paradigma do modelo constitucional de processo, sob pena de desvirtuamento da melhora qualitativa das decisões e de sua substituição por um critério apenas quantitativo.

## **2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL**

“A maioria dos seres humanos atua como historiadores: só em retrospecto conhece a natureza de sua experiência” (HOBBSAWM, 2016, p. 253). Observar o passado tem relevância não só para os seres humanos, enquanto reflexão sobre sua vivência pessoal, mas para todas as coisas e ciências que são criadas e desenvolvidas por meio das técnicas humanas. Tudo o que se desenvolve no espaço histórico merece ser observado em determinados períodos: é preciso examinar como, em cada momento, as influências sociais, políticas, econômicas, sociais e culturais moldam o comportamento em sociedade. Nessa análise, inclui-se a forma como se relacionam as pessoas e como criam, modelam ou modificam as técnicas e as percepções que utilizam para resolver os conflitos sociais.

Nessa lógica, o processo é, sem dúvida, influenciado pela cultura, pela história, pelas ideologias sociais, pelas demandas políticas que ressaltam em determinado momento. Essas mudanças podem ser analisadas no desenvolvimento do Estado Moderno e na formação de um Estado de Direito e, posteriormente, de um Estado Democrático de Direito. As ideologias subjacentes a essa formação, como é o caso do liberalismo, do socialismo e do neoliberalismo, também foram responsáveis por moldar uma série de alterações na legislação processual, o que permitiu que a atuação dos juízes e das partes também se alterasse.

Demonstrar-se-á como, a partir da noção de Estado de Direito e de Estado Democrático de Direito, as ideologias do liberalismo e do socialismo processual interferiram no desenvolvimento da teoria processual. Fala-se, ainda, em um modelo constitucional de processo civil, no que pode ser entendido como a sua atual fase ou momento, ressaltando a sua importância no desenvolvimento de uma teoria de precedentes vinculantes no Brasil.

Indica-se, inclusive, como as percepções antropológicas que fundamentam essas ideologias precisam ser reavaliadas quando se defende a concretização de um processo participativo no qual se requer a atuação responsável dos sujeitos na formação das decisões. O ideal de democracia procedimental habermasiano é acolhido apenas em parte, porque se entende que a Constituição da República de 1988 deve ser compreendida como finalística ou teológica, o que leva a uma concepção comunitarista de democracia deliberativa.

## **2.1 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito como fundamentos de um modelo constitucional de processo**

Explorando o conceito de Estado de Direito, vê-se que se trata de expressão herdada da tradução resultante da justaposição alemã de *Recht* (Direito) a *Staat* (Estado), de modo que se quer exprimir a realidade do Estado moderno, modelado por uma ideia de racionalização jurídica da vida, que “representa um sistema consistente de legalidade normativa, inspirado ideologicamente nos pressupostos filosófico-políticos da democracia liberal” (DIAS, 2018, p. 56).

A teoria do Estado de Direito, datada da primeira metade do século XIX, revela uma concepção de Estado tendente a realizar os princípios da razão para preservar a vida em comum das pessoas, uma comunidade a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. O Estado teria certas limitações na consecução de suas tarefas e de seus objetivos, os quais deveriam estar mais inclinados à preservação da liberdade, da segurança e da propriedade privada, garantindo-lhes a possibilidade de pleno desenvolvimento. A organização do Estado, por sua vez, deveria regulamentar-se segundo os princípios racionais da cidadania (preservação das liberdades), da independência dos juízes, do predomínio da lei e da representação do povo na atividade legislativa do Estado, atendendo à clássica divisão de poderes<sup>29</sup> proposta por Montesquieu (DIAS, 2018, p. 57-58).

---

<sup>29</sup> O termo “separação de poderes”, comumente empregado, merece ser analisado de forma crítica. Ao comentar o capítulo XI da célebre obra *O espírito das leis*, de Montesquieu, Simone Goyard-Fabre avalia que não há a defesa de uma estática separação de poderes, há antes uma “balança de poderes”. Nas palavras de Goyard-Fabre (2002, p. 240-241): “Esse capítulo não elabora uma teoria, como se costuma repetir, da ‘separação de poderes’, mas da ‘balança dos poderes’. Essa concepção cabe numa frase: ‘Para que não se possa abusar do poder, é

Essa forma de Estado passa a atuar para que cada indivíduo possa alcançar livremente seus objetivos, em uma situação de liberdade garantida externamente (DIAS, 2018, p. 58). Observa-se que, subjacente a esse modelo de Estado de Direito, há uma ideia de homem, ou seja, uma antropologia que é guiada pela noção hobbesiana de um indivíduo autointeressado, egoísta, que precisa do Estado para impedir violações a sua liberdade (GOYARD-FABRE, 2002, p. 32). Até o termo “indivíduo” cabe mais certamente nesse momento, dada a ideia de ser humano atomizado e desvinculado de uma comunidade e do bem comum.

O Estado, nesse contexto, submete os seus súditos e a si próprio a um regime de direito, segundo o qual suas atividades são orientadas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas regendo os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, e outras estabelecendo antecipadamente os meios e as vias empregados para a realização dos fins do Estado, de modo que os dois conjuntos de regras têm como objetivo comum conformar o exercício do poder estatal à ordem jurídica estabelecida (DIAS, 2018, p. 59). A inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem é o princípio básico desse Estado de Direito (GOYARD-FABRE, 2002, p. 323-324).

Esse Estado de Direito, que se desenvolve após as revoluções francesa e inglesa, passa a ser também constitucionalmente estruturado. Suas atividades são regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo, ficando autorizado o exercício do poder do Estado por meio de suas funções fundamentais e dentro de um sistema político que permitiu o reconhecimento jurídico formal e a garantia dos direitos fundamentais do povo (DIAS, 2018, p. 61-62). Assim, consolida-se no Estado de Direito o modelo de um Estado Constitucional, que impregnou todo o pensamento político do século XIX, projetando e disseminando os estudos sobre a teoria do Estado e sobre a teoria do processo.

Isso permite afirmar que não se pode mais imaginar um Estado sem as modernas contribuições do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático,

---

preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder’. Dito de outra forma, e indispensável que ‘as três espécies de poder: a potência legisladora, a potência executora das coisas que dependem do direito das gentes e a potência executora daquelas que dependem do direito civil’ não fiquem concentradas nas mãos de um mesmo homem ou de um mesmo corpo; para evitar a confusão dos poderes que resultaria dessa concentração, os três poderes deem ser distribuídos a instâncias organicamente distintas e aptas, por sua cooperação, portanto por sua complementaridade, a exercer nas formas a autoridade do governo”. Soma-se a isso, a ideia de que essa “balança de poderes” representaria uma “separação de funções” exercidas por meio do diálogo (SILVA, 2016, p. 95-226; BRANDÃO, 2017) e voltadas para um fim. Isso exige um trabalho conjunto tendo em vista a consecução do bem comum político, entendido como um bem que transcende as particularidades de cada indivíduo, sem, porém, negá-las. A comunidade política, fruto da pluralidade de opiniões e não da unidade delas, é mesmo assim capaz de deliberar para alcançar uma sinfonia e não uma homofonia, uma unidade que não nega a diversidade, mas permite, por meio do direito como instituição, buscar o “consenso do direito”. As diferenças morais jamais serão eliminadas, porém é possível que as pessoas (plurais) possam agir como cidadãos (unidade), o que não suprime a pluralidade, mas conserva a busca do bem comum político (BARZOTTO, 2018, p. 93-94).

reconhecendo-se a importância de um Estado subjugado às normas do direito e estruturado por “leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito” (DIAS, 2018, p. 62).

As normas constitucionais são, portanto, o elo entre o Estado Democrático e o Estado de Direito. A democracia, por sua vez, é mais do que uma forma de Estado ou de governo, sendo “um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo poder emana do povo” (DIAS, 2018, p. 65-67). A necessidade de preservação dessas liberdades influenciou o processo e pode ser analisada em um modelo que se denominou “liberalismo processual”, dada a forte atuação da ideologia liberal do final do século XVIII e do início do século XIX.

O Estado de Direito será a base tanto de uma ideologia liberal, quanto de uma ideologia social do processo, porque essa forma de Estado, ao mesmo tempo que se assemelha ao liberalismo, por sua defesa das liberdades contra a opressão ou a suspeição e por sua inspiração democrática e socializante, aproxima-se das teses progressistas (GOYARD-FABRE, 2002, p. 338-339). Essas duas ideologias – o liberalismo processual e o socialismo processual – são fundamentais para o entendimento da atual fase do processo, a de um modelo constitucional.

No campo processual, a partir da última década do século XVIII, especialmente com a Revolução Francesa e os acontecimentos políticos que se sucederam a esse período, o sistema processual passa por uma determinante reforma, que resultaria no liberalismo processual (SANTOS, 2019, p. 19).

Na França, a Assembleia Nacional Constituinte, em 4 de agosto de 1789, votou pelo abandono dos privilégios, pela abolição de jurisdições particulares e pela gratuidade da justiça. Seguiu-se a isso outra série de reformas motivadas “pela desconfiança iluminística no que diz respeito às profissões legais e ao mundo dos juristas, associada a uma hostilidade provocada pelas complicadas formalidades dos procedimentos” (NUNES, 2012, p. 71-72). Podem-se sintetizar as reformas na seara processual francesa da seguinte forma: a lei de organização judiciária introduz a eleição de juízes com mandato temporário, remunerados pelo Estado; os juízes de paz e mais dois assessores são colocados na base do ordenamento judiciário, aos quais se deveriam dirigir, obrigatoriamente, todos os litigantes na tentativa de conciliar as controvérsias antes de judicializá-las; as normas de processo civil são mantidas inicialmente,

porém são extintas pelo decreto de 24 de outubro de 1793, que modifica o sistema, de maneira a ditar algumas formas essenciais do juízo (NUNES, 2012, p. 71-72).

Seguindo no panorama histórico que delineou um modelo liberal de processo, resultado não só da Revolução Francesa, como das inúmeras reformas que decorreram desse momento, adentra-se no período da restauração napoleônica, marcado pela edição de três legislações complexas que, por um lado, herdaram da Revolução uma tendência de implementação de um novo dimensionamento do ordenamento judiciário, mas, por outro, não ousam romper por completo com toda o sistema judiciário do *Ancien Régime*. São elas: o Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806 e a Lei de Organização Judiciária de 1810 (NUNES, 2012, p. 72).

No sistema concebido por essas novas leis, o juiz era um funcionário do Estado, pertencente a uma estrutura hierárquica dominada pelo controle da Corte de Cassação, a qual era responsável por reduzir a possibilidade de arbítrio e a incerteza das decisões proferidas pelos julgadores. Nesse panorama, o Código de Processo Civil francês de 1806, embora não demonstrasse uma preocupação técnica com o processo, uma vez que trazia apenas uma regulamentação formal dos atos processuais, pode ser citado como um exemplo de evolução técnica, pois contemplava o princípio da oralidade, da obrigatoriedade de fundamentação das decisões e da paridade formal entre as partes, mas “pressupunha, equivocadamente, uma sociedade de iguais nas posições econômicas e sociais, partindo do pressuposto da autossuficiência do cidadão liberal” (NUNES, 2012, p. 72).

Essas reformas delineiam os caracteres técnicos do processo liberal, que são a igualdade formal dos cidadãos<sup>30</sup> e, especialmente, o princípio dispositivo, ambos dimensionando o processo em uma perspectiva privatista, tornando-o mero instrumento de resolução de conflitos em benefício das partes (NUNES, 2012, p. 74).

Ainda sob a influência liberal, idealizou-se uma concepção de igualdade formal das partes no processo como se não houvesse qualquer disparidade entre os indivíduos, econômica ou social. A ideia de que o processo era “coisa das partes” também é uma característica marcante desse modelo de processo moldado pela ideologia liberal, tendo o princípio dispositivo ganhado força nesse momento. Desse princípio, extrai-se que é vedado ao juiz instaurar e manifestar-se de ofício dentro do processo, dada a autonomia privada das partes e a

---

<sup>30</sup> “Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

imparcialidade do juiz. O juiz é, portanto, “um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de espectador passivo e imparcial do debate” (NUNES, 2012, p. 75-77).

Observa-se, portanto, que o processo, estruturado sob o modelo processual liberal, ficou marcado pela “autonomia privada e pelo predomínio da igualdade formal, da imparcialidade e inércia do magistrado, pela preponderância do princípio dispositivo e por um protagonismo processual das partes (sendo o juiz um observador passivo do processo) (SANTOS, 2021, p. 21). Essas foram as razões pelas quais o processo “reduzido a um instrumento técnico-formal de manutenção das relações sociais de poder e das desigualdades sociais, sem a menor perspectiva de transformação das relações jurídicas e afastado de um acesso à justiça real (SANTOS, 2021, p. 21).

Esse modelo liberal começa, porém, a mostrar-se insuficiente no curso do século XIX, porque, entre outros motivos, transformava o processo em uma guerra ou um jogo, o que levou à busca de novas propostas teóricas que pudessem suprir essas insatisfações (NUNES, 2012, p. 77).

Uma nova proposição teórica foi o socialismo processual. Fruto das lutas de classes e inserto em uma era de revoluções sociais (HOBSBAWM, 2016), passou a entender o direito como um instrumento de modificação social.

Esse movimento de socialização processual é observado em dois momentos: o primeiro, no século XIX, teve como representantes Anton Menger e Franz Klein, esse último responsável por moldar a ordenança processual civil do império austro-húngaro, de 1895, considerada a primeira legislação tipicamente socializadora; o segundo, no período do pós-guerra, alcançou seu ápice no Projeto Florença, que buscou garantir o maior acesso à justiça por meio de três ondas de reforma: 1) assistência jurídica integral e gratuita; 2) tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos para a proteção dos consumidores e meio ambiente; 3) simplificação dos procedimentos e utilização de formas privadas de soluções de conflitos (NUNES, 2012, p. 80-120).

Assim, no primeiro momento, o processo buscaria a pacificação social por meio de um papel mais atuante do juiz, que participaria mais intensamente da direção do processo e teria maior ingerência no acerto dos fatos (NUNES, 2012, p. 80-85). O processo teria, assim, finalidades sociais, políticas e econômicas, e o juiz deveria dedicar-se a concretizá-las.

No segundo momento, tendo o Projeto Florença como seu marco e o Estado Protetivo e de Bem-Estar Social como fundamento, o processo continua contando com a grande atuação dos juizes, já existindo, porém, uma grande preocupação com a sua duração e com uma maior participação de todos os sujeitos envolvidos (NUNES, 2012, p. 125-120).

O movimento de acesso à justiça coincide com a crise do *welfare state*. A década de 70 do século XX traz à tona o embate entre keynesianos e neoliberais, que tentavam explicar os profundos problemas econômicos e sociais que passaram a assolar globalmente os países: “a história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise” (HOBSBAWM, 2016, p. 393-400).

Há, nesse sentido, o enfraquecimento da perspectiva materializante dos *welfare states*, que pressupunha um Estado assistencialista e populista, com inúmeras funções, o que reduzia, de certa maneira, a autonomia dos cidadãos, pública ou privada, conduzindo-os ao mero exercício do papel de cliente e desestimulando qualquer participação. Porém, essa crise “não pode obscurecer o fato de que, em nosso país, jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de *Welfare*, característico dos países europeus” (NUNES, 2012, p. 134-135). O que se observou no Brasil foi, na verdade, uma pseudossocialização processual, resultado de um modelo neoliberal que buscava a eficiência decisória por meio de uma aplicação do direito em larga escala, com a padronização das decisões, a despeito da preocupação com a efetiva participação dos sujeitos no processo (NUNES, 2012, p. 175-176).

De uma forma geral, no socialismo processual, “ao mesmo tempo em que se tem uma exacerbada acentuação do protagonismo judicial, há uma redução da importância das partes e de seus procuradores, de modo que as partes se tornaram meras expectadoras das causas” (SANTOS, 2021, p. 24), o que resultou no esvaziamento das funções das partes, gerando consequências negativas, dentre elas, a postura passiva das partes e de seus procuradores (SANTOS, 2021, p. 24).

Ainda no cenário de uma reforma processual, a disputa entre a perspectiva socializadora de acesso à justiça de um lado e a perspectiva que garantia a não intervenção de outro ensejará o surgimento de um terceiro paradigma, chamado modelo de processo civil constitucional, baseado na democracia procedimentalista proposta por Jürgen Habermas, a qual objetivava superar as consequências paternalistas do modelo social e as desigualdades oriundas do modelo liberal.

Esse terceiro paradigma requer uma maior participação dos sujeitos na prática discursiva judicial, uma vez que o processo de justificação deve permitir que a troca de argumentos abranja todas as informações e razões relevantes disponíveis. Com efeito, esse procedimento deve ser um espaço público com ampla participação dos próprios interessados, sem que isso represente uma delegação de responsabilidade a quaisquer escolhidos. Na verdade, a “própria construção de um sistema processual necessita ser revista; não mais mediante a perspectiva puramente liberal ou social, mas, sim, mediante a perspectiva procedimentalista” (NUNES, 2012, p. 138).

Isso levaria a uma superação de paradigmas estáticos que reduziriam os direitos fundamentais a direitos liberais de defesa ou a direitos de prestação positiva contra o Estado (NUNES, 2012, p. 137-138).

Ao caráter procedimentalista da teoria habermasiana, deve-se somar a perspectiva substancial de participação e de democracia, porque é importante ressaltar que os debates democráticos devem ter como horizonte a aplicação de direitos fundamentais já definidos pela Constituição da República, sem que isso represente um fechamento a novas possibilidades, mas sem que se recaia, também, no perigo de um formalismo, fruto de retórica ou de maioria. Por isso, entende-se que não há como falar em democracia sem remeter a uma noção de bem comum, o que difere da teoria habermasiana de democracia procedimental.

Adverte Goyard-Fabre (2003, p. 335):

As sociedades atuais querem que o legislador ouça a voz dos cidadãos e responda aos anseios da opinião pública. Mas não é absolutamente certo que a verdade da democracia resida na multiplicação das “mesas redondas” como lugar de discussão ou, como se diz, de “negociações”, e, menos ainda, na pressão dos movimentos de protesto, nas petições de todo tipo ou nos slogans da rua. As regras de um direito erigido sobre tal base tem ademais uma precariedade perturbadora, pois as reivindicações do amanhã são imprevisíveis.

O aspecto procedimental é, sem dúvida, fundamental nos debates sobre a democracia, mas “o procedimento é causa necessária, mas não suficiente da realização da justiça. Logo, não haverá uma sociedade justa sem justiça procedimental, mas o procedimento, por si só, não garante a justiça, que o precede na sua dimensão substancial” (SOUSA, PINHEIRO, 2020, p. 239).

Essa dimensão substancial está ligada à ideia de bem comum político, que representa o resultado da deliberação do povo sobre o conteúdo do que é justo para a sociedade. O justo político é, assim, modificável, contingente e reflete as necessidades de determinada sociedade em um espaço e em um tempo determinados. Deve o Estado vincular-se ao justo como produto da deliberação e da decisão dos cidadãos, afastando-se de uma concepção positivista que não reconhece a existência da relação entre direito e justiça, nem busca a expressão extrapolítica desse justo, como propõe o neoconstitucionalismo (BARZOTTO, 2017, p. 33).

Importa destacar, neste ponto, que povo é a comunidade política do Estado. À luz de uma concepção comunitarista, o indivíduo é parte integrante de uma comunidade política que busca a plena realização de cada um dos membros do povo. O consenso, fundamental para a existência de uma comunidade política, é, assim, o consenso em torno do bem de todos, o bem comum (BARZOTTO, 2005, p. 25-26).

Há, portanto, uma relação intrínseca entre a democracia e o Estado de Direito, fundamentado nos princípios da legalidade, da igualdade formal e da justicialidade

(BARZOTTO, 2005, p. 29) e limitado pelo poder político legitimado pelo povo (DIAS, 2018, p. 68). Nesse caso, a democracia não se restringe ao voto, ou seja, à capacidade de eleger seus representantes, mas representa uma continuidade da participação em sociedade, por meio de referendos, plebiscitos, audiências públicas e, principalmente, do processo constitucional (DIAS, 2018, p. 73-74).

Não se trata apenas do processo constitucional formado pelas ações constitucionalmente previstas, mas de todo o processo civil, que, desde a estruturação da sua autonomia ocorrida em meados do século XIX, abandonou uma concepção meramente instrumentista para reconhecer sua importância como estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as estruturas de poder, balizando a tomada de qualquer decisão no âmbito do poder público (NUNES, 2012, p. 39).

O que se quer neste ponto é mostrar que a concepção ampliada e substancial de democracia é fundamental para entender a importância de um modelo constitucional de processo civil, sendo impossível falar em processo civil sem atentar para as garantias constitucionais e para os direitos fundamentais<sup>31</sup>. No Estado Democrático de Direito, nenhuma modificação processual deve ocorrer em detrimento de garantias constitucionais e da efetivação dos direitos fundamentais.

De fato, nossa Constituição da República deve ser entendida como finalística, pois assume que o bem da pessoa humana é a finalidade da sociedade e o bem comum é a finalidade do Estado. O bem da pessoa humana envolve uma série de bens que se agregam para um conceito de vida boa: liberdade, saúde, segurança, educação, razoável duração do processo e demais direitos fundamentais. Esses bens, portanto, passam a ser devidos pelo Estado a cada pessoa de acordo com critérios de justiça; quando considerados na perspectiva da comunidade, são chamados valores, os quais integram o bem comum, que é o conjunto de condições que permite a todos os membros de uma comunidade alcançarem a vida boa. Além disso, “os valores formam o conteúdo dos deveres de justiça social” (BARZOTTO, 2005, p. 194). Nessa perspectiva, o desenvolvimento, enquanto valor, deve orientar a atividade econômica pública e privada, mas, na medida em que a atividade econômica persegue o valor “desenvolvimento”, ela deve ser justa e atender às exigências de justiça social (BARZOTTO, 2005, p. 194). A

---

<sup>31</sup> Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 158) aduz de forma salutar: “Estudar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos”.

razoável duração do processo e o devido processo legal (constitucional) constituem aspectos da vida boa e, portanto, são aspectos da justiça ou meios de garanti-la.

Da mesma forma, conceber a democracia como uma construção inacabada permite verificar os imensos desafios que derivam de sua concretização, assim como leva a entender que “a democracia sempre foi desejável e a esperança de liberdade é a sua força profunda e, como nenhum homem sensato pode racionalmente defender a servidão, ela está inscrita na essência da humanidade” (GOYARD-FABRE, 2003 p.349).

A democracia requer responsabilidade, responsabilidade para si e para com todos os membros de uma comunidade, de modo que é necessário que todos participem das decisões, tanto legislativas, quanto judiciais. Não há que se falar em um indivíduo dotado de toda capacidade e prudência e, portanto, capaz de encontrar, sozinho, a solução mais justa para todos. A construção das decisões judiciais, além de se atrelar ao conteúdo da lei democraticamente formulada, deve permitir que essa legitimação democrática continue no âmbito das decisões judiciais, sobretudo por meio da efetiva participação das partes e dos interessados. Isso fica ainda mais evidente no caso dos precedentes das cortes superiores e, também, do julgamento dos processos repetitivos, os quais clamam ainda mais por essa participação efetiva<sup>32</sup>.

Evidencia-se, assim, a importância da configuração de um Estado de Direito e, ainda, de um Estado Democrático de Direito como base política e social de um modelo constitucional de processo democrático, que objetive, com a efetiva participação, o ideal de justiça não só procedimental, mas também substancial.

## **2.2 O modelo constitucional de processo como fundamento de uma teoria dos precedentes vinculantes**

---

<sup>32</sup> “Defende-se a necessidade de observância ao critério da participação e intervenção necessária de órgãos e agentes especializados e pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos em causas de potencial repetitivo pela natureza e matéria debatida, como as que discutem a prestação de serviços autorizados e concedidos e relações de consumo pela capacidade de gerarem decisões com *status* de precedente judicial com eficácia vinculante, como forma de legitimar democraticamente a decisão, especialmente em decorrência do caráter normativo, pelo diálogo institucional viabilizado, bem como meio de qualificar tecnicamente a determinação judicial, considerando a especialização desses órgãos e agentes, como, por exemplo, as agências reguladoras. A observância e concretização de tal balizador para a prolação da decisão e formação do precedente judicial atende à necessidade de se estabelecer a resposta constitucionalmente correta para o caso concreto na realidade do Estado Democrático de Direito; viabiliza a adequada motivação da decisão judicial, pelos amplos fundamentos, de ordem jurídica e técnica, que irão compô-la; e, ainda, outorga legitimidade e controle democráticos pela participação de órgãos de Estado pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos, minimizando as hipóteses de arbitrariedades e conduzindo para a racionalidade no julgamento, efetivando, em grande escala, a segurança jurídica” (WELSCH, 2016).

Busca-se, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, um modelo de processo que se destine a concretizar os direitos fundamentais constitucionalmente disciplinados por meio da efetiva participação dos sujeitos processuais.

Assentado sobre o Estado de Direito, que posteriormente se desenvolve como Estado Democrático de Direito, esse modelo constitucional de processo também sofreu influências do neoconstitucionalismo, dada o poder que as constituições ganharam após a Segunda Guerra em um período marcado pela pós-modernidade. A força normativa traz o reconhecimento de que a Constituição é mais do que uma carta de intenções políticas, tendo caráter jurídico imperativo, regulando jurídica e efetivamente as condutas (CAMBI, 2008, p. 98).

Para alcançar o desenvolvimento e a concretização de um processualismo constitucional no Brasil, é preciso entender como uma teoria dos precedentes judiciais, que tem suas raízes em uma cultura e em um ordenamento jurídico diversos, pode ser adequada à realidade cultural, dogmática, normativa e institucional brasileira, de maneira a realizar o que se pretende com a disposição formal acerca da vinculação aos precedentes judiciais. Entre os diversos objetivos ou funções atribuídos aos precedentes, estão a segurança jurídica, a coerência, a integridade e a uniformidade das decisões.

Entende-se, nessa linha, que uma teoria dos precedentes é aplicável ao Brasil, desde que resguardadas suas necessárias adaptações. É importante considerar as dificuldades que uma teoria dos precedentes enfrenta diante da realidade decisória do STF<sup>33</sup> ou da educação jurídica<sup>34</sup>, que precisa formar e qualificar todos aqueles profissionais que atuem direta ou indiretamente com o sistema jurídico para lidar com as suas modificações.

De maneira semelhante, conceitos que podem ser considerados parte de uma teoria geral dos precedentes judiciais, como, por exemplo, *ratio decidendi*, *obiter dicta* e os mecanismos de superação (*overruling*) e distinção (*distinguishing*) (BUSTAMANTE, 2012), podem ser aplicados sem que isso represente a importação irrestrita de um sistema moldado histórica e culturalmente em outros países.

Não há, como se defende, qualquer justificativa ética de superioridade dos países que sempre adotaram o sistema de precedentes em relação àqueles que não adotaram<sup>35</sup>. Trata-se apenas de uma opção legislativa e dogmática quanto a possíveis saídas para melhorar a coerência, a integridade e a uniformidade das decisões.

---

<sup>33</sup> O tema da realidade decisória do STF e dos precedentes judiciais será explorado posteriormente.

<sup>34</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver Passos e Santiago (2015).

<sup>35</sup> A defesa de uma “ética dos precedentes” é feita por Luiz Guilherme Marinoni em seu livro com esse título (MARINONI, 2019) e em outros textos, como, por exemplo, em Marinoni, 2016a, p. 185-201.

Na história do direito brasileiro, no período do Brasil Colônia ou do Brasil Império, buscava-se de diversas maneiras a vinculação das decisões da Corte Superior. O modelo de precedentes que se pretende adotar hoje é, porém, claramente diverso daquele dos séculos anteriores, embora a preocupação com essa vinculação das decisões já existisse outrora (DIDIER JR.; SOUZA, 2018).

Neste ponto da discussão, destaca-se que um sistema de precedentes no Brasil deve obedecer a um modelo constitucional de processo democrático, moldado para garantir a ampla participação dos sujeitos processuais em um nível de igualdade, mediante contraditório amplo e substancial, em atenção aos princípios dispostos na Constituição da República de 1988, voltados para a efetivação de direitos fundamentais.

Observa-se que, se o processo é modelado culturalmente, as ideologias preponderantes em determinados momentos históricos também influenciaram o desenvolvimento de um determinado modelo de processo. Foi assim com o modelo liberal, com o modelo social e, mais recentemente, com o modelo constitucional democrático de processo.

O esforço deve concentrar-se, portanto, em concretizar o que hoje é entendido como um modelo constitucional de processo, que tem sua base no modelo de Estado Democrático de Direito e que busca a maior participação dos sujeitos processuais em igualdade de participação. Assim, após assentadas as bases de um Estado Democrático de Direito, cabe examinar o que representa esse modelo de processo civil constitucional e a sua importância para uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, nesse modelo, rechaça-se qualquer protagonismo, seja das partes, seja do juiz, vez que a *“democracia exige uma estrutura dialética do procedimento processual, uma estrutura policêntrica, pautada da participação dos sujeitos em nível de igualdade”* (SANTOS, 2021, p. 44. Grifo do autor). O modelo democrático de processo tem, assim, o processo como instrumento participativo, no qual partes e juiz devem contribuir de maneira igual no debate processual (SANTOS, 2021, p. 44).

Registra-se, de início, a influência que a escola mineira de processo teve (e ainda tem) na construção de uma teoria e de uma dogmática processual no marco do Estado Democrático de Direito. Adotando uma perspectiva democrático-procedimental baseada em Habermas, a escola mineira problematizou os modelos liberal e social, pois ambos compartilhariam uma visão produtivista de uma sociedade baseada no capitalismo, que despreza o nexos entre autonomia pública e privada, *“delineando um quadro de exclusão mediante uma cegueira social*

(no liberal) ou por meio de uma insensibilidade com a autodeterminação dos cidadãos (no social)” (NUNES, 2012, p. 202).

No âmbito da teoria do processo, busca-se, com base nas obras de Fazzalari, estabelecer contrapesos ao aumento dos poderes dos juízes no processo, de modo a impedir a redução do papel das partes, evitando uma sujeição a um processo que é mero instrumento técnico. Desse modo, a perspectiva democrática do direito visa afastar a concepção de sujeito solitário, capaz de conceber a ideia de bem em sua totalidade, sendo necessária, portanto, a percepção de uma “procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação de suas decisões” (NUNES, 2012, p. 203).

Ressalta-se aqui, mais uma vez, a discordância com a concepção apenas procedimental da democracia, que acaba espraiando-se para a noção do processo. O procedimento de participação nas decisões é e sempre será fundamental na perspectiva democrática, mas não é suficiente para legitimá-la, pois a atuação das partes não pode acontecer apenas para cumprir uma etapa do procedimento: deve manter íntima relação com a busca de um dever de justiça, perceptível na fundamentação das decisões judiciais e em sua adequação às leis e à Constituição. A fundamentação das decisões é, nesse ponto, essencial para conferir se os argumentos levados pelas partes foram considerados na prolação daquela determinada decisão e se ela respeitou os deveres de justiça impostos pela Constituição.

Embora a filosofia habermasiana tenha se erguido como uma crítica às noções perfeccionistas ou substancialistas de justiça e de democracia – porque, segundo essa filosofia, não se poderia mais buscar ou concretizar uma ideia de bem comum em sociedades complexas, plurais ou pós-metafísicas (BUSTAMANTE, 2013, p. 105) –, observa-se que Habermas incorre nos mesmos problemas que tentou rechaçar. De fato, mesmo reconhecendo o mérito da razão “comunicacional” proposta pelo autor, sobretudo no que diz respeito à recusa de um solipsismo, dado que a discussão não se pode fechar na subjetividade do julgador, observa-se que é possível indagar se, “nessa renovação do direito político pela racionalidade comunicacional e pelos procedimentos deliberativos, Habermas não opta pela sociedade contra o Estado” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 485).

Recusar a figura da autoridade ou do Poder, por ser uma expressão metafísica das fundações que a filosofia moderna atribuiu ao direito político, provém de uma “razão crítica”. Todavia, “não se deverá rechar, no universo filosófico contemporâneo, cujo projeto é renegar nosso legado da modernidade, que o direito político fique ameaçado pela desordem e pela anarquia?” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 485). Além disso, o fato de recusar as formas

centralizadoras e as potências normativas do Estado, assim como rechaçar a universalidade unificadora da razão, “não será condenar a vida social a seguir os movimentos e os impulsos da multidão, portanto, a afundar mais dia menos dia no caos?” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 485).

Entende-se que a noção de ordem cunhada na modernidade, sobretudo com o governo do déspota proposto por Hobbes, elimina a capacidade de deliberação dos súditos, tornando-os reféns de uma autoridade. Todavia, é possível afirmar que uma verdadeira ordem na sociedade é “aquela que dispõe as ações e pessoas para o fim da sociedade, o bem comum”. Justiça social e bem comum estão interligados, porque se dirigem imediatamente tanto ao bem do todo, nos moldes da justiça social, quanto ao bem dos particulares, ou seja, das pessoas que compõem a comunidade política (BARZOTTO, 2005, p. 185-188). Assumir uma ideia substancial – e não apenas procedimental – de justiça, como faz Habermas, não afasta a capacidade deliberativa dos sujeitos; pelo contrário, fá-los reconhecer o seu papel como sujeito responsável, em uma democracia, pelo bem de todos e pelo seu próprio bem.

Observa-se que a antropologia que sustenta essa perspectiva procedimental baseia-se na concepção de indivíduos que se juntam em comunidade como resultado de um mero acidente, sem que esse espaço represente uma oportunidade de concretizar seus ideais de uma vida boa. Esse indivíduo competitivo, não cooperativo, que busca seus bens a despeito do bem da comunidade, tem seu assento em Hobbes e na concepção do homem como lobo do próprio homem.

Não obstante, quando se persegue, em uma tarefa árdua e inacabada, teórica e dogmaticamente, um processo que objetive ser democrático e participativo, no qual os interessados participarão da formação de decisões que definirão normas que buscam garantir segurança jurídica, uniformidade e coerência do ordenamento, a pergunta que se faz é: ainda é possível utilizar a mesma antropologia de um indivíduo hobbesiano?

Parece-nos que, na concretização de uma visão mais democrática do processo, não apenas a concepção de uma democracia procedimental deve ser mudada, como também a antropologia do sujeito, que deveras lobo do próprio homem, agora deve ser cooperativo e responsável.

Em uma perspectiva antropológica, rechaça-se a ideia de que o indivíduo capaz de participar das deliberações tendo em vista a consecução de objetivos comuns é um homem bom e ingênuo como traçado por Rousseau. Não se trata de vê-lo como um indivíduo que agirá contra os seus interesses pessoais; trata-se de entendê-lo como pessoa capaz de agir responsabilmente para a consecução do seu bem e do bem comum, o que está longe de uma espécie de participação

perfeita ou neutra que eleva a democracia a um estado de pureza e de perfeição que só conviria a um povo de deuses e não de homens (GOYARD-FABRE, 2002, p. 153).

Cumprido adotar uma antropologia de um ser humano que é relacional e que, por isso, entende que o seu bem individual está intrinsecamente ligado ao bem da comunidade política. Seres racionais compreendem a necessidade de agir para a consecução dos fins de uma sociedade que, sendo plural e complexa, não reduz a pessoa ao seu aspecto político. O seu aspecto político é o “ser cidadão”, capaz de compreender suas necessidades individuais e de levá-las para o espaço público, de modo a compatibilizá-las com as demais, sem que isso exclua sua complexa individualidade, porque a pessoa é, assim, “um ser irreduzível na sua singularidade e individualidade, ao mesmo tempo que é essencialmente relacional ou social (BARZOTTO, 2005, p. 179).

Essa antropologia do ser relacional tem, portanto, uma íntima relação com uma democracia que não é apenas procedimental, mas também substancial, teleológica ou finalística e deliberativa. Isso significa que existem bens que devem ser buscados por todos os cidadãos em sociedade, o que não exclui ou diminui a busca de bens individuais, mas os perfectibiliza. Como diz Aristóteles (2009), os homens reúnem-se em sociedade não apenas para viver, mas para viver bem.

Nesse panorama, a ideia de uma democracia substancial é capaz de garantir a participação dos sujeitos interessados na formação das decisões, sem que isso reduza a importância do seu aspecto procedimental. Entender o conteúdo substancial da democracia e a sua finalidade voltada para o bem comum político não interrompe as deliberações em sociedades pós-modernas ou pós-metafísicas, mas torna-as mais capazes de buscar a concretização dos princípios constitucionais.

O processo, superada a ideia de mera técnica procedimental, é capaz de concretizar os direitos fundamentais. Por isso, pode-se falar inclusive de um processo constitucional, dada a sua inteira observância da Constituição.

Nesse sentido, a participação dos sujeitos não será apenas para constar como mais um procedimento que busca legitimar a atuação democrática, mas será um momento de atuação dos sujeitos que, por meio da participação responsável, buscam decisões que consubstanciam os deveres de justiça. Sem a participação efetiva e sem a configuração de um Estado Democrático de Direito, ideologias como o liberalismo e o socialismo (ou pseudossocialismo processual) voltam à tona.

Diante disso, a consolidação de um modelo de processo constitucional democrático é ainda mais necessária para a legitimação das decisões judiciais nas Cortes Superiores.

Não é possível dizer que o processo atinge apenas o interesse das partes, porque interessa a toda uma comunidade, sobretudo no caso dos precedentes judiciais. O que se pretende com a formação de decisões que podem vincular os juízes e tribunais é a segurança jurídica. A segurança jurídica, a coerência e a integridade não se restringem àqueles diretamente envolvidos em uma demanda judicial. Com efeito, os precedentes judiciais, mediante a força gravitacional dos princípios das decisões, devem consubstanciar deveres de justiça constitucionais, bem como resguardar em seu procedimento a efetiva participação por meio do devido processo constitucional e do contraditório amplo.

O procedimento não é um fim em si mesmo, mas um momento fundamental de debate acerca dos deveres de justiça que uma determinada sociedade defende.

### **2.3 Um novo modelo de contraditório e a comparticipação: fundamentos da legitimidade das decisões**

Tudo o que foi dito até agora sobre o surgimento do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito, bem como sobre a ideologia liberal e a ideologia social que estiveram presentes no seu desenvolvimento, é fundamental para compreender que o estabelecimento de focos de centralidade, seja na figura do juiz, seja na figura das partes, não é mais capaz de se adequar ao perfil democrático dos estados de direito da alta modernidade (NUNES, 2012, p. 212).

Não se concebe mais a ideia de um juiz capaz de decidir com base em suas virtudes e em sua prudência. O movimento de democratização processual traz a ideia da necessária relação de igualdade na atuação de todos os sujeitos processuais. A efetiva atuação das partes e seus argumentos devem ser considerados fundamentação das decisões.

O dever de fundamentação está, assim, intimamente ligado à “prestação de contas” que os julgadores precisam oferecer à sociedade. Não se trata de defender uma postura pragmática do direito, na qual as decisões deveriam estar atentas “à voz das ruas”; trata-se antes de uma postura decisória que permita ao juiz justificar tecnicamente e racionalmente as suas decisões. A *accountability* – a necessidade de prestação de contas – é válida tanto para o juiz, individualmente, quanto para o Judiciário, institucionalmente, por estarem inseridos em um processo democrático de delegação. Isso ocorre em um cenário em que o juiz pode optar pela

prevalência de um princípio sobre o outro, em um cenário de casos complexos nos quais estão em jogo princípios normativos fortes (FILGUEIRAS, 2013, p. 263).

Desse modo, a *accountability* de um Judiciário democrático está em decidir com base em uma Constituição criada e endossada pelo público, o que não corresponde a vincular a decisão à vontade da maioria (FILGUEIRAS, 2013, p. 266), mas significa construí-la a partir das diretrizes legais e das finalidades previstas por essa Constituição.

Para tanto, é necessário que as partes possam ter assegurada no processo a sua efetiva participação, com garantia de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, em uma clara modificação do conceito de contraditório (NUNES, 2012, p. 227). Com efeito, o contraditório foi relegado a uma mecânica contraposição, no que se pode chamar “direito de bilateralidade de audiência”, o que possibilitava às partes a informação e a possibilidade de reação (NUNES, 2012, p. 225). Não havia, portanto, qualquer preocupação com a efetiva atuação e a responsabilidade mútua pela construção das decisões judiciais.

Durante os anos 30 do século XX na Alemanha, em um período ligado à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista, atingiu-se o extremo de considerar que a falta de participação das partes em contraditório não impedia a prolação de decisões justas. Cogitou-se, inclusive, a supressão do contraditório no processo civil. Após a Segunda Guerra e em razão da maior constitucionalização das garantias processuais, a reflexão sobre a cooperação entre as partes e a sua importância para o processo abriu novos horizontes de análise para o princípio do contraditório (NUNES, 2012, p. 225-226).

Ocorreu, ainda, o desenvolvimento de um processualismo científico, iniciado por Adolf Wach em 1865, mas consolidado com Calamandrei em 1965, que entendia o contraditório como a “força motriz do processo, o seu princípio fundamental”. As ideias de Wach na Alemanha e de Calamandrei na Itália influenciaram o pensamento dos processualistas brasileiros, como Frederico Marques, que, em 1982, considerou o contraditório como integrante do conceito de devido processo legal e como princípio informativo do direito processual, de maneira que, “com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável” (DIAS, 2018, p. 120-121).

Frederico Marques desenvolveu uma concepção do contraditório mais atenta à participação, dada a sua preocupação com a igualdade das partes no processo e a sua efetiva influência, vedando ao juiz a possibilidade de decidir sem ouvir devidamente as partes. Todavia, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018), a partir do CPC de 1973, o Brasil foi atingido

por um fenômeno denominado “processomania”: “um mal degenerativo da ciência processual, que se tornou o gerador da produção de textos doutrinários depauperados ou anêmicos de conteúdo científico, negligenciando a concepção do processo como garantia das pessoas” (DIAS, 2018, 122), reduzindo o contraditório a uma ciência bilateral dos atos e termos do processo, possibilitando, apenas, ao autor dizer na petição inicial e ao réu contradizer na defesa. Vê-se que as concepções do contraditório foram sendo modificadas, não se podendo falar de uma uniformidade de conceitos.

Observa-se, ainda, a influência da doutrina portuguesa, sobretudo após a lei processual de 1995-1996, que passou a compreender a contrariedade não apenas como a contraposição de requerimento e resposta, mas também como a possibilidade de as partes disporem, ao longo do processo, de todos os meios para atuação legítima e para exercer influência na decisão da causa (DIAS, 2018, p. 123).

Essa modificação na concepção do contraditório permite que se avance de uma concepção meramente formal dessa garantia para uma efetiva participação com possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo. Fala-se em comparticipação, adotando-se a terminologia e o entendimento de Dierle Nunes, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Alexandre Freitas Câmara, segundo os quais, com a comparticipação, defende-se a ideia de responsabilidade pela decisão judicial, o que leva a entender que os resultados “não podem ser construídos pelos magistrados isoladamente, exigindo-se a participação democrática dos interessados em tal resultado no processo de sua formação” (CÂMARA, 2018, p. 108). O contraditório meramente formal está totalmente ultrapassado e não é condizente com o Estado Democrático de Direito, do qual se extrai a necessidade de participação efetiva dos interessados na construção dos provimentos (CÂMARA, 2018, p. 97).

O pano de fundo é um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a efetiva participação, e a reponsabilidade é bem perceptível nessa modificação do contraditório e na adoção do termo “comparticipação”. A responsabilidade é palavra-chave quando a democratização do processo exige a clara interdependência entre os sujeitos processuais (NUNES, 2012, p. 224). Essa relação de dependência é capaz de modificar ainda mais a concepção de processo democrático que, longe de ter suas consequências restritas às partes diretamente relacionadas ao processo, busca garantir segurança jurídica, coerência, integridade e uniformidade a todo o ordenamento jurídico.

Fala-se em processo comparticipativo e não em modelo cooperativo ou colaborativo de processo porque, mais do que uma observação terminológica, a comparticipação, como

corolário da concepção democrática de processo, não transmite a ideia de ajuda, de auxílio (como é o caso da cooperação ou da colaboração), mas tão somente leva a compreender que aqui se pretende sustentar a existência de um modelo processual em que todos os sujeitos participam (*com + participam*) da construção dos resultados (CÂMARA, 2018, p. 108).

Constata-se que as decisões judiciais, sobretudo aquelas definidas como precedentes que podem vincular os juízes e tribunais, assentam sua legitimidade na participação efetiva, de modo que, no Estado Democrático de Direito, “é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, e que é fruto da participação dos sujeitos principais do processo” (DIAS, 2018, p. 131). O juiz desempenha o papel de dialogador com as partes contraditoras, o que gera a implementação técnica dos direitos e garantias fundamentais que as partes ostentam (DIAS, 2018, p. 131).

Isso é fundamental quando se compreende que o processo atua como um controlador do exercício do poder estatal, sendo necessário, em respeito ao Estado Democrático de Direito, legitimar suas decisões com base na Constituição da República por meio da aplicação das garantias constitucionais, como é o caso do contraditório e da fundamentação das decisões para que se tenha o devido processo constitucional.

O devido processo constitucional é o princípio responsável por assegurar que os processos se desenvolverão segundo o modelo constitucional de processo, sendo fundado no Estado Democrático de Direito. Desse modo, “deve-se entender que o princípio do devido processo constitucional assegura que o resultado final do processo (seja ele cognitivo ou executivo) se produza sob inarredável disciplina constitucional” (CÂMARA, 2018, p. 69).

Do devido processo constitucional resulta, então, a exigência de que o processo se desenvolva conforme um modelo constitucional, congregando os princípios da igualdade, do juízo natural, da fundamentação das decisões judiciais, da razoável duração do processo e do contraditório, esse último entendido a partir da participação e do policentrismo (CÂMARA, 2018).

No caso dos precedentes, essa análise torna-se ainda mais importante dada a necessidade de verificar como as decisões das cortes superiores vincularão os demais juízes e tribunais, sem que isso se restrinja a um critério de autoridade dessas cortes, sob pena de não concretizar o objetivo de efetiva participação e atuação das partes e dos interessados. A autoridade das cortes superiores é, sem dúvida, um critério importante para entender a vinculação das decisões, mas não é o único.

### 3 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTES

Neste capítulo, busca-se definir precedentes judiciais e estabelecer as diferenças entre precedentes, decisões e jurisprudência. Como observado nos capítulos anteriores, a tradição da *civil law*, da qual o Brasil faz parte, tem uma longa história com a jurisprudência, mas nem tão longa com os precedentes. Faz-se necessário, portanto, diferenciar decisão, jurisprudência e precedente, pois o objetivo do trabalho é compreender os precedentes vinculantes, considerando que o Código de Processo Civil de 2015 arrolou, em seu artigo 927, as decisões que devem ser consideradas procedentes, as quais, portanto, devem ser necessariamente observadas pelos demais juízes e tribunais.

#### 3.1 Decisão, jurisprudência, súmula e precedentes: diferenças e confusão conceitual no direito brasileiro

Todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão é um precedente. Essa afirmação é o ponto de partida para as diferenças que serão explicadas ao longo deste tópico. Importa, assim, evitar qualquer confusão teórica e conceitual a respeito do que são os precedentes e das diferenças entre precedente, decisão, jurisprudência e súmulas.

No que concerne à diferença entre decisão e precedente, parte-se da ideia de que “o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2021, p. 565). Assim, a formação de precedentes está vinculada à criação de uma norma jurídica que poderá servir para a solução de outros casos. Esse fato demonstra o aspecto relacional dos precedentes, ou seja, “significa que determinado objeto antecede outro, demonstrando alguma similaridade, e em direito refere-se a decisões judiciais, as quais servirão de modelo ou ponto de partida para outra decisão” (MACÊDO, 2019, p. 79). Porém, nem toda “decisão judicial tratará de situação que será novamente posta ao crivo do Poder Judiciário, não servindo, portanto, como precedente” (MACÊDO, 2019, p. 79).

Mitidiero (2020) aponta que decisão e precedente não estão em uma linha, mas sim em uma escada, de modo que há um discurso (decisão) e um meta-discurso (precedente). E embora situados em degraus diferentes, não há hierarquia entre decisão e precedente, apenas uma escalada que diz respeito à abstração. O autor afirma, ainda, que as decisões julgam um caso especificamente delimitado, pretendendo-se solucionar uma controvérsia subjetiva ou objetiva.

Já os precedentes, segundo Mitidiero, não julgam um caso, “consubstanciando-se em um discurso elaborado a partir de uma generalização de determinadas razões, devidamente contextualizada por fatos, o precedente visa dar unidade à ordem jurídica” (MITIDIERO, 2020).

A definição do autor é coerente com a sua argumentação sobre a Corte de Precedentes e a tarefa que lhe atribuem, que é de dar unidade à ordem jurídica a partir da interpretação da Constituição. Uma análise crítica a respeito dessa proposição será feita nos próximos capítulos, mas, no momento, busca-se marcar a diferença entre decisão e precedente realizada por ele.

Ainda sob a diferença entre decisão e precedente, Marinoni afirma que para ser considerada precedente, a decisão precisa enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta no caso concreto, até porque “os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos” (MARINONI, 2016b, p. 158).

Um outro ponto necessário para a caracterização do precedente é a colegialidade do julgamento, de modo que só há precedente quando o fundamento for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Esse ponto específico será abordado com mais profundidade no último capítulo deste trabalho, pois é fundamental para o entendimento do que são os precedentes vinculantes. Por ora, é importante destacar que uma decisão que resolve o recurso por maioria de votos, mas soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por minorias não constitui precedente (MARINONI, 2016b, p. 158). Em resumo, é possível afirmar que “o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI, 2016b, p. 159).

Quanto à distinção entre precedentes e jurisprudência, pode-se dizer que há uma diferença tanto quantitativa quanto qualitativa. A primeira está atrelada à ideia de que o precedente é uma decisão relativa ao caso particular, enquanto, ao se falar em jurisprudência, comumente se faz referência a várias decisões, relativas a diferentes casos concretos, porque a jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. A jurisprudência, como um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto, é recorrentemente controvertida, tanto que há incidente para sua uniformização. No caso do precedente, não se supõe consenso, justamente por ser uma decisão única sobre determinado caso (LOPES FILHO, 2020, p. 142- 144).

Na tradição da *common law*, que tradicionalmente se funda no precedente, em regra, a decisão que se assume como precedente é uma só. Já na tradição da *civil law*, como é o caso do Brasil, normalmente se faz referência a muitas decisões, às vezes dúzias e às vezes centenas delas, sendo difícil estabelecer a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) para fins de uma determinada interpretação da norma (TARUFFO, 2011, p. 140).

Além da diferença quantitativa, há uma diferença qualitativa entre precedentes e jurisprudência. O precedente fornece uma norma universalizável que pode ser adotada como critério de decisão no caso sucessivo em função da semelhança entre os casos. O juiz do caso sucessivo analisará a decisão anterior e, sendo justificável a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso (TARUFFO, 2011, p. 40). A aplicação da jurisprudência, por sua vez, tem características diversas, primeiro porque não há uma análise comparativa dos fatos, como ocorre com os precedentes.

De modo semelhante, é sempre possível fazer uma mudança na jurisprudência, sem que os juízes estejam obrigados a justificá-la, porque a norma jurisprudencial apenas subsiste e é aplicada enquanto os juízes – cada juiz – a considerarem boa (DAVID, 2002, p. 151). A rejeição de uma norma do precedente, porém, deve ser feita mediante argumentação específica que demonstre a superação ou a distinção entre o caso sob análise e o caso tido como precedente.

Nesse sentido, inclusive, considerando a tradição da *civil law* e compreendendo a existência de intensa divergência no que diz respeito à jurisprudência de países como o Brasil, as súmulas ganharam uma nova finalidade, mesmo que historicamente não tenha sido o propósito de sua criação<sup>36</sup>. As súmulas representam um ato administrativo de um tribunal pelo qual se exprime o resumo do entendimento contido em dada jurisprudência. Importa apontar que a legislação pátria diferencia súmula e jurisprudência, partindo da premissa de que a súmula é mais estável, em razão do grau de consenso jurisdicional que ela representa; por isso, ela é capaz de ser fundamento de uma maior quantidade de atos posteriores (LOPES FILHO, 2020, p. 142).

---

<sup>36</sup> “Criada pela emenda regimental publicada no dia 30.08.1963, redigida por Victor Nunes Leal, a súmula é considerada como a grande contribuição do Ministro à sistematização dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal – STF. A súmula, por ele mesmo definida como ‘método de trabalho’ do STF, a bem da verdade foi idealizada por força de dois fatores que determinavam a atuação do Ministro Nunes Leal no STF em 1963: recentemente empossado não tinha 1) a experiência dos Ministros mais antigos e nem 2) boa memória para registrar todos os casos que já haviam sido devidamente discutidos no Tribunal. Para superar essas dificuldades, resolveu sistematizar as notas realizadas nos julgamentos para consultá-las durante as sessões de julgamento. A súmula, assim, foi idealizada para resolver um problema de falta de memória e de pouca experiência no STF, o que tornava impossível ao Ministro recém-chegado fazer referência aos assuntos já abordados no Tribunal” (PRESGRAVE, 2017, p. 154).

Nesse caso, a constante busca de maior estabilidade e coerência nas decisões judiciais no Brasil deu origem às súmulas vinculantes, introduzidas no sistema pela Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A ao texto constitucional. Apesar das inúmeras controvérsias sobre a definição da natureza jurídica – normas ou metanormas –, pode-se afirmar que súmulas e precedentes não se confundem. Nas súmulas vinculantes, ou melhor, no enunciado da súmula vinculante<sup>37</sup>, trata-se de maneira geral e abstrata sobre o que foi decidido pelo Supremo Tribunal em reiteradas matérias constitucionais, sem considerar os casos específicos que deram origem à súmula. Vale-se, nessas situações, da aplicação dedutiva do sistema legalista, procedendo-se à subsunção de um enunciado abstrato a uma situação concreta (PRESGRAVE, 2017, p. 166). As súmulas neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição, preocupando-se apenas com a adequada limitação de um enunciado jurídico<sup>38</sup> (MARINONI, 2016b, p. 160).

Já no caso dos precedentes, como se detalhará posteriormente, deve haver a análise de identidade das situações fáticas de sua aplicação, as quais, quando não presentes no caso sob julgamento, podem levar a um *distinguished* (MARINONI, 2016b, p. 160).

Essa diferenciação é fundamental no cenário de confusão conceitual existente no Brasil, sobretudo após a entrada em vigor do CPC/2015. O fato de o artigo 927 do Código ter listado uma série de decisões como precedentes contribuiu para a dificuldade de definição clara de cada uma e da diferença entre elas. Como já explicado, a decisão, a jurisprudência e a súmula não se confundem com os precedentes, os quais têm uma conceituação própria.

No que diz respeito à confusão conceitual no ordenamento brasileiro, observa-se, além da adoção do conceito de jurisprudência e de súmula para se referir aos precedentes, a utilização das ementas dos julgados como se precedentes fossem. A transcrição de ementas não revela qualquer preocupação com as circunstâncias fáticas dos casos julgados, ponto essencial na aplicação de precedentes, uma vez que é necessário identificar os fundamentos determinantes das decisões anteriormente proferidas e demonstrar que tais fundamentos também são aplicáveis ao caso concreto sob análise (CÂMARA, 2018, p. 147).

---

<sup>37</sup> “Apenas a título de esclarecimento, diga-se que o termo súmula é utilizado de maneira equivocada (inclusive no art. 103-A, da CF). A súmula designa o conjunto de teses jurídicas consagradas em uma determinada Corte, é o resumo da sua jurisprudência. O enunciado, por sua vez, trata da prescrição geral e abstrata, que tem por fundamento reiteradas decisões anteriores no mesmo sentido, produzidas por um determinado órgão público (judicial ou administrativo). O enunciado, muitas vezes, é confundido com a “súmula” (a súmula vinculante, na verdade, é o enunciado vinculante)” (PRESGRAVE, 2017, p. 167-168).

<sup>38</sup> Nesse mesmo sentido, Georges Abboud (2008, p. 219) explica que a “súmula vinculante por sua vez, da mesma forma que o assento português, se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial”.

A utilização indevida de ementa como se precedente fosse ainda reforça a falsa ideia de que o uso de precedentes conduz a uma simplificação da atuação judicial pela aplicação mecânica de um entendimento anterior (VIANA; NUNES, 2018).

É claro, portanto, o alerta de que “quem vê ementa não vê precedente”, sobretudo porque a utilização da ementa como precedente pode “acarretar violações de direitos fundamentais, na medida em que as fundamentações dos votos dos ministros do STF não são estudadas, aplicadas, refutadas por distinções ou expandidas” (MAGALHÃES; SILVA, 2014, p. 217).

As ementas são redigidas com expressões com o mais amplo grau de abstração e generalização, sendo a pressa e a desatenção a tônica na aplicação de precedentes no Brasil, situação agravada pela coleta descontextualizada de ementas, o que contribui para as distorções na compreensão dos precedentes e no julgamento dos casos concretos, prática denominada ementismo (MAGALHÃES; SILVA, 2014, p. 213).

Todas as distinções conceituais feitas até aqui objetivam demonstrar que o emprego dos termos corretos – decisão, jurisprudência, súmula ou até ementa – visa diminuir a confusão conceitual presente no Brasil.

Operar com precedentes não é uma tarefa simples, sendo fundamental, inclusive, a discussão acerca dos conceitos que já foram desenvolvidos sobre o que é precedente e a maneira como se vincula aos juízes. Daí a necessidade de esclarecer se os precedentes são e se aplicam como regras, analogias e princípios e qual a importância de entender a teoria do direito subjacente.

### **3.2 O que são precedentes?**

Diversas são as definições de precedentes judiciais, sobretudo na dogmática processual. O objetivo, neste tópico, é esclarecer que, mesmo sem fazer uma referência expressa a uma determinada opção teórica, “os conceitos” de precedentes refletem uma teoria responsável por explicar sua formação e sua aplicação, o que acaba tendo efeitos práticos diretos no entendimento de sua formação e de sua vinculação.

Inicialmente, de forma muito geral, pode-se conceituar precedentes como “um evento passado que serve como guia para uma ação futura” (DUXBURY, 2008, p. 1). De maneira semelhante, diz-se que precedentes são “decisões que funcionam como modelos para decisões posteriores” (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 2). Esses conceitos gerais, necessitam, porém, da demonstração de que os eventos passados e os eventos presentes estão conectados

por alguma razão que leve a tratar o evento passado como um guia para a ação presente, porque eventos passados podem ser apenas eventos passados, mesmo que repetidos no presente.

Ainda, seguir precedentes requer traçar uma analogia, mas isso não quer dizer que se invoca um precedente toda vez que se faz uma analogia. Por exemplo, dizer que um atleta com resistência e força excepcionais é “como uma máquina” indica uma comparação analógica, mas sem qualquer referência a um precedente (DUXBURY, 2008, p. 1). De maneira semelhante, ainda que seguir um precedente envolva buscar orientação em um padrão estabelecido, definir um padrão não é necessariamente definir um precedente. Isso porque o aluno mais estudioso de uma classe está estabelecendo um padrão – um padrão pelo qual outros colegas de classe podem ser julgados e ao qual alguns eles podem até tentar conformar-se –, mas esse padrão não precisa definir um precedente, porque o padrão pode ter sido atendido ou até superado pelos alunos em outras classes; além disso, mesmo que o padrão nunca tenha sido alcançado antes, não funcionará necessariamente como um precedente (DUXBURY, 2008, p. 1).

Portanto, o entendimento sobre os precedentes judiciais implica a relação entre passado e presente e depende da anterioridade, ou seja, o precedente é uma decisão anterior ao que está sendo decidido no presente. Mas, como foi dito, o fato de ser anterior não é suficiente para explicar os precedentes, pois deve haver uma razão para que o juiz que julga um caso atual considere a decisão anterior.

Considera-se, assim, que, no direito, os precedentes são normas jurídicas advindas do ato de interpretação dos juízes que, ao analisarem a lei, adscvem sentido a esse texto. O trabalho de definição de precedentes envolve, portanto, a necessária explicação das teorias que subjazem aos conceitos, o que, por outro lado, requer compreender os precedentes como regras, como analogias ou como princípios. Adota-se, para fins deste trabalho, a concepção de precedentes como princípios.

Essas três teorias tanto definem os precedentes, quanto tentam fornecer explicações sobre a sua vinculação. É certo, porém, que não existe uma teoria que dê conta de todos os aspectos da realidade, como alerta Neil MacCormick (2008, p. 204 *et seq.*), pois, para cada teoria, haverá sempre alguma prova empírica do contrário ou, no mínimo, algum caso a exigir uma revisão ou reavaliação da teoria. Contudo, o essencial das teorias contemporâneas sobre os precedentes é a exigência de uma reconstrução racional dos argumentos subjacentes a eles (LEGALE, 2016, p. 827).

### 3.2.1 Precedentes como regras

De acordo com a primeira definição, atribuída a Frederick Schauer (2002), precedentes são regras. Para o autor, o precedente tem a estrutura lógica de uma regra. A regra criada a partir de um julgamento desprende-se de todos os elementos de justificação considerados na decisão, “sendo o precedente, ou, mais precisamente, sua *ratio decidendi* tomada como uma prescrição geral e abstrata” (LOPES FILHO, 2020, p. 197). Por exemplo, se uma determinada placa de trânsito indica que a velocidade máxima em um local é 60 km/h em razão da segurança dos pedestres, essa regra, quando expedida, desprende-se dessa justificativa para poder incidir. Assim, não cabe ao agente de trânsito perscrutar, no momento da aplicação da multa por excesso de velocidade, as razões que justificaram a criação dessa regra; o agente deve apenas aplicar a multa no caso de descumprimento da regra (LOPES FILHO, 2020, p. 198).

Schauer explica que a regra é caracterizada pela generalização, pois são feitas escolhas, abstrações a partir dos casos particulares (SCHAUER, 2002, p. 17). Como a generalização resulta de uma escolha, o autor afirma que se busca a propriedade do particular que é causalmente relevante para a ocorrência daquela categoria. Por exemplo, no caso da regra que proíbe a entrada de cães no restaurante, a categoria mais geral poderia ser o desejo de evitar aos clientes a repetição dos incômodos que foram provocados pela presença de um determinado cão no local (MAUÉS, 2012, p. 592-593).

Desse modo, a categoria mais geral fornece a justificativa da regra, indicando o mal que se quer evitar ou o objetivo que se quer alcançar com ela, de maneira que é a justificativa que determina, entre as várias opções possíveis, qual generalização de um acontecimento particular será escolhida como o predicado factual da regra. No exemplo apresentado por Schauer, a cor preta do cão é também uma propriedade do acontecimento, porém irrelevante para a justificativa da regra, uma vez que não foi ela que provocou incômodos nos clientes (MAUÉS, 2012, p. 592-593).

Porém, essas generalizações podem gerar o que o autor denomina casos ou experiências recalcitrantes, quando, nas generalizações, são incluídas propriedades que, em determinadas situações, serão irrelevantes para a justificativa, ou quando se excluem propriedades que, em outras situações, serão relevantes para a justificativa. Isso pode produzir resultados desajustados, pois “a relação de causa e efeito que se busca estabelecer entre o predicado factual e sua justificativa não é de caráter necessário, mas sim probabilístico, indicando que determinada propriedade possui maiores possibilidades de provocar determinado resultado” (MAUÉS, 2012, p. 593).

Para resolver essas recalitrâncias, ou seja, essas disjunções entre a generalização e a justificativa da regra, Schauer (2002) propôs dois modelos: o da conversação e o do enraizamento. Esse último interessa diretamente à teoria dos precedentes que o autor desenvolve, porque, “sob o modelo do enraizamento, a ocorrência de uma experiência recalitrante, embora conflite com a generalização anterior, não provoca sua reformulação” (MAUÉS, 2012, p. 595). Assim, o enraizamento de uma generalização continua a controlar a decisão mesmo diante de uma experiência recalitrante: “o resultado indicado pela generalização prevalece contra o resultado indicado pela experiência recalitrante como mais apropriado para o caso em questão” (MAUÉS, 2012, p. 595).

Na *common law*, os precedentes também operariam como regra, “uma vez que suas formulações se tornam enraizadas e seu sentido determina – ou ao menos influencia – a decisão dos casos subsequentes mais do que a aplicação de suas justificativas” (MAUÉS, 2012, p. 597). Isso porque, para Schauer, os precedentes constituem a maneira pela qual as regras se tornam enraizadas na *common law*.

Mas, quando analisamos de forma mais acurada a proposição de Schauer, sobretudo tendo em vista uma adequação à realidade brasileira, é possível fazer alguns apontamentos críticos sobre a aplicação desses precedentes definidos como regras.

A aplicação de precedentes a partir do conceito de regras de Schauer é, como visto, fruto das generalizações das justificativas, o que produz resultados divergentes ou inferiores àqueles que seriam produzidos pela aplicação direta da sua justificativa. Isso significa que acatar o modelo de regras do autor exige uma determinada tolerância com um certo número de resultados errados (MAUÉS, 2012, p. 610). Além disso, o modelo de regras exclui, de partida, o argumento da equidade, segundo o qual “decidir com base em regras gerais é parte do que equidade e justiça significam, tal como exemplifica a máxima ‘tratar igualmente os casos iguais’” (MAUÉS, 2012, p. 610). Esses ideais de justiça não são atendidos com o modelo de regras, porque as generalizações que fundamentam as regras ignoram diferenças que podem ser relevantes e consideram outras que podem ser irrelevantes, de modo que casos diferentes serão tratados como semelhantes e vice-versa (MAUÉS, 2012, p. 610).

Da mesma forma, e ainda considerando que as regras são constituídas por generalizações, Schauer preocupa-se com os custos das decisões subótimas: “o desenho de um ambiente decisório deve considerar não apenas a possibilidade de haver erros provocados pela subinclusividade ou pela sobreinclusividade das regras” (MAUÉS, 2012, p. 611), mas também

a possibilidade de que erros sejam cometidos quando os agentes têm competência para aplicar de forma direta as justificativas aos casos que devem decidir (MAUÉS, 2012, p. 612).

A justificativa de aversão ao risco, desenvolvida por Schauer, considera que o processo de decisão produzirá erros. Por isso, a adoção do modelo baseado em regras sustenta-se na avaliação de que os erros cometidos por agentes equivocados – por preconceito, ignorância, incompetência ou simplesmente confusão – “são mais sérios ou mais prováveis do que os erros baseados em regras que advêm de uma limitação interna para alcançar a melhor decisão em todos os casos” (MAUÉS, 2012, p. 612).

O modelo de regras de Schauer pode, porém, ter o custo da violação de um direito fundamental, o que não justifica a tomada de uma decisão subótima. Além disso, o próprio autor reconhece que a regra não deve ser aplicada se levar a uma grande injustiça ou a resultados absurdos, o que significa que as regras podem ser afastadas no processo de decisão. O fato de a regra sempre comportar exceções faz com que a decisão do juiz sobre sua aplicação a um determinado caso envolva um juízo de cunho moral e político sobre quais semelhanças e diferenças são relevantes (MAUÉS, 2012, p. 612).

### 3.2.2 Precedentes como analogias

Os precedentes podem, ainda, ser compreendidos e aplicados como analogias, como na leitura teórica feita por Cass Sustein. Cumpre esclarecer que analogia “consiste em um argumento no qual a partir da consideração de que duas ou mais coisas têm certas propriedades em comum, se infere que têm certas outras propriedades em comum” (IACONA, 2010, p. 65 *apud* SCARPARO, 2019, p. 150). Para melhor entender a analogia, pode-se utilizar a expressão segundo a qual “a tese da contraparte é tão boa quanto um bêbado na tribuna” (SCARPARO, 2019, p. 150): propõe-se uma associação entre diferentes relações, pois uma coisa são as teses do adversário e outra é estar ébrio e fazer uma defesa oral. Não obstante, a associação feita pode levar à formação de algum entendimento por uma série de fatores, “dentre os quais a semelhança reconhecida, o contexto e a originalidade da comparação proposta” (SCARPARO, 2019, p. 150).

Em síntese, na analogia, há uma transposição das características de uma relação (não é adequado dirigir-se bêbado ao tribunal) para outra que não se submete às mesmas regras de avaliação (as razões expendidas pela contraparte) (SCARPARO, 2019, p. 151).

Dito isso, Sustain toma como ponto de partida a ideia dos desacordos teóricos nas democracias contemporâneas, nas quais há uma profunda heterogeneidade e, portanto, uma dificuldade de estabelecer os princípios que devem guiar a sociedade. Nesse panorama de “divergência de princípio e exigência de respeito mútuo”, os juízes “devem decidir as controvérsias com base em *acordos teóricos incompletos*, a fim de gerar estabilidade social em meio à diversidade” (MAUÉS, 2012, p. 598, grifo do autor).

Essa concordância com base em acordos teóricos incompletos significa que os participantes concordam com um resultado mesmo sem concordar com a teoria mais geral que pode justificá-lo. É o caso de uma decisão judicial que não exige que os juízes compartilhem uma mesma teoria geral, “o que é especialmente importante tendo em vista que, em uma sociedade democrática, o judiciário não deve substituir o processo político na definição dos princípios fundamentais” (MAUÉS, 2012, p. 598).

À luz da concepção de acordos teóricos incompletos, sustenta-se que o tratamento de precedentes como analogias exige um compromisso com a consistência e com o igual tratamento, de modo que o caso A não pode ser tratado de forma distinta do caso B, a não ser que haja uma diferença relevante entre eles. Além disso, podem-se citar, pelos menos, mais cinco motivos para entender os precedentes como analogias: 1) as analogias podem constituir fonte de princípios e de políticas, desde que os juízes saibam encontrá-los nos precedentes; 2) o fato de respeitar precedentes como analogias contribui para evitar que os juízes utilizem teorias confusas; 3) os valores da previsibilidade e da proteção das expectativas são promovidos quando se utiliza o raciocínio analógico baseado em precedentes; 4) poupa-se uma grande quantidade de tempo, pois os juízes ficam desobrigados de recriar, em cada caso, todos os fundamentos de direito; 5) facilita-se o surgimento de acordo entre os juízes que, mesmo divergindo sobre vários assuntos, reconhecem como válidas algumas decisões anteriores, o que estabelece um diálogo entre eles (MAUÉS, 2012, p. 603).

Sustain, pretendendo justificar publicamente as decisões das instituições judiciais em um ambiente de grandes controvérsias, lançando mão dos acordos teóricos incompletos para resolver casos em que as pessoas discordam sobre princípios gerais, admite que, do ponto de vista constitucional, o Judiciário pode invocar princípios relativamente amplos, vistos como parte essencial da Constituição, tal como foram democraticamente ratificados. Os argumentos judiciais costumam basear-se em princípios de nível inferior, “excetuando as raras ocasiões em que o raciocínio mais ambicioso torna-se necessário para resolver um caso ou quando os

argumentos em favor da teoria são tão fortes que um conjunto de juízes acaba convergindo em torno dela” (MAUÉS, 2012, p. 615-616).

Porém, com base nesse argumento da utilização de princípios de nível inferior, fica em aberto a discussão sobre qual teoria deve ser aplicada nas situações em que é necessário um raciocínio ambicioso sobre princípios. Além disso, em uma situação que envolve princípios concorrentes, como utilizar o pensamento analógico para decidir a questão? Com efeito, além de encontrar a *ratio decidendi* do caso, é necessário justificar por que essas razões se aplicam ao caso objeto, apesar das diferenças existentes, sobretudo quando pode haver outros princípios que justifiquem a não aplicação do precedente, apesar das semelhanças existentes entre os casos. Desse modo, verifica-se que a teoria de Sustain não oferece elementos suficientes para justificar as decisões nos casos em que diferentes analogias podem ser feitas com base em precedentes (MAUÉS, 2012, p. 618).

### 3.2.3 Precedentes como princípios

Há, por fim, uma última definição de precedentes: como princípios. É o que defende Ronald Dworkin, cuja teoria, genericamente explicada em tópico anterior, será aprofundada nesta subseção.

Primeiramente, é conhecida a distinção que Dworkin faz entre princípios e regras: a diferença entre eles é de natureza lógica. Tanto princípios quanto regras são conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, porém se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira de tudo-ou-nada. “Dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2020, p. 39).

Essa distinção entre regras e princípios é feita no artigo Modelo de regras I, no qual Dworkin lança um ataque geral ao positivismo. Para o autor, os princípios são utilizados, de maneira genérica, para indicar todo o conjunto de padrões que não são regras. São um padrão que deve ser observado, não porque promova ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade (DWORKIN, 2020, p. 35-37). Os princípios devem ser aplicados de acordo com seu peso ou importância<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios da liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de

A respeito da distinção entre regras e princípios, é importante lembrar que Dworkin desenvolve sua teoria com base em um conceito segundo o qual o “direito é formado pelo conjunto de direitos e responsabilidades que fluem de decisões políticas passadas e justificam o uso da coerção pelo Estado” (MAUÉS, 2012, p. 604-605). Buscando princípios que melhor pudessem oferecer uma justificção para a conexão entre coerção e direito, o autor propõe que a integridade seja reconhecida como um ideal político independente e distinto, tanto da equidade quanto da justiça. Essa diferença é necessária, porque a integridade pode resolver alguns problemas entre equidade e justiça, uma vez que podem existir instituições equitativas que produzem decisões injustas e instituições não equitativas que produzem decisões justas (DWORKIN, 1999, p. 215).

Para compreender a construção argumentativa do autor, é necessário verificar como a integridade e a ideia de uma comunidade de princípios conjugam-se para o desenvolvimento de uma ideia de precedentes como um romance em cadeia.

A noção de integridade exige das instituições estatais uma atuação coerente com os princípios da moralidade, de modo a justificar suas ações, “o que significa que o Estado deve fundamentar suas decisões em uma interpretação desses princípios que reconheça seu devido peso e importância em cada caso” (MAUÉS, 2012, p. 605). Desse modo, o uso do poder coercitivo e o reconhecimento de obrigações políticas de parte dos cidadãos podem ser justificados com base na concepção de direito determinada pela integridade (MAUÉS, 2012, p. 605).

Soma-se à integridade o conceito de comunidade de princípios – um dos três modelos de comunidade política que, segundo Dworkin, é definida com base nas características das obrigações associativas. As obrigações associativas derivam do pertencimento das pessoas a determinados grupos definidos pela prática social e diferenciam-se de outras obrigações, porque “são definidas por meio de uma atitude interpretativa de caráter construtivo: os participantes buscam os propósitos da prática social a que pertencem e produzem argumentos em torno das obrigações que devem caracterizá-la” (MAUÉS, 2012, p. 605).

Para Dworkin, o caráter associativo das obrigações apoia-se em quatro condições, todas elas assentadas na reciprocidade. Em primeiro lugar, os membros de um grupo devem considerar as obrigações do grupo como especiais, ou seja, munidas de uma característica distintiva no âmbito do grupo e, portanto, diferentes dos deveres gerais que seus membros

---

cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2020, p. 42-43).

devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele. Em segundo, os membros devem admitir que essas responsabilidades são pessoais, pois vão diretamente de um membro a outro, ao invés de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo. Em terceiro, os membros podem ver essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo. Em quarto, as práticas do grupo devem demonstrar igual interesse por todos os seus membros (DWORKIN, 1999, p. 242-243).

Voltando ao conceito de comunidade de princípios, único que satisfaz às exigências de uma comunidade fundada em obrigações associativas (MAUÉS, 2012, p. 607), Dworkin explica que, nesse modelo, as pessoas são membros de uma comunidade política genuína quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados, porque são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Assim, os membros de uma comunidade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam em decisões particulares, fruto das instituições políticas, mas dependem, em conceitos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Desse modo, o modelo da comunidade de princípios “não implica que cada membro esteja de acordo com todos os princípios que fazem parte do esquema, mas exige que as obrigações que decorrem da adoção desses princípios pela comunidade sejam aceitas por todos” (MAUÉS, 2012, p. 606).

É esse modelo que, na visão de Dworkin, congrega todas as condições de uma sociedade moralmente pluralista, em que as pessoas discordam sobre os critérios de justiça e equidade, mas os respeitam, mesmo que eles não correspondam àqueles que consideram melhores de um ponto de vista utópico. Isso quer dizer que o compromisso de interpretar o direito de modo principialista, adotado por uma comunidade de princípios, “faz com que seus membros aceitem a integridade como um ideal político distinto, mesmo que divirjam sobre questões de moralidade política” (MAUÉS, 2012, p. 606). Sobre esse fundamento, uma sociedade política ampla e diversa pode converter-se em “uma autêntica comunidade associativa, reivindicando legitimidade no exercício do poder” (MAUÉS, 2012, p. 606).

Ainda nessa discussão, compreender a integridade requer saber que os normativos da comunidade serão constantemente elaborados e entendidos de maneira a expressar um único esquema coerente de relação entre justiça e equidade, o que implica dizer que uma instituição que aceite a integridade terá, em certos casos, que se distanciar de uma linha estreita de decisões passadas em busca de coerência com os princípios mais fundamentais desse esquema, “o que encoraja o juiz a reconhecer novos direitos quando se demonstre que uma parte dessas decisões não é compatível com os princípios que justificam o direito como um todo” (MAUÉS, 2012, p. 607).

Após a apresentação dos conceitos de integridade e de comunidade de princípios, convém examinar a ideia de precedentes como um romance em cadeia, defendida por Dworkin. O “romance em cadeia” de Dworkin é fruto da sua visão interpretativista do direito<sup>40</sup>, pois, para ele, o juiz, no momento em que decide um caso submetido a sua análise, além de ser o autor do texto normativo, também pode ser comparado ao crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. O romance em cadeia é uma fértil comparação entre direito e literatura e consiste em um projeto no qual um grupo de romancistas escreve um romance em série, cada romancista da cadeia interpretando os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim sucessivamente. Para Dworkin (1999, p. 276-277), a complexidade da tarefa de elaborar os capítulos da melhor maneira possível para o romance em construção reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

No romance em cadeia, os autores terão o trabalho de analisar e de identificar os vários sentidos da obra, de maneira a compreender o que nela deve ter continuidade. Essa compreensão deverá ter boa adequação, devendo o autor elaborar interpretações que estejam de acordo com o que foi escrito antes, porém isso não significa que a interpretação tenha de se ajustar a todas as partes do texto, deve, antes, considerar os seus principais aspectos estruturais. Portanto, na elaboração do romance em cadeia, é essencial distinguir se os julgamentos feitos por seus participantes são livres ou limitados, porque Dworkin enfatiza que todas as dimensões da interpretação são dependentes das convicções estéticas dos intérpretes e estão sujeitas a controvérsias, pois “tanto a interpretação sobre quais leituras se ajustam ao texto, quanto a interpretação sobre qual dessas leituras torna o romance melhor, se inserem em um esquema geral de crenças e atitudes dos autores” (MAUÉS, 2012, p. 608).

É por isso que a integridade<sup>41</sup> exerce papel fundamental na ideia de romance em cadeia aplicada ao exercício da jurisdição, porque a integridade trata o direito como um conjunto

---

<sup>40</sup> “A metodologia que permitiria a reconstrução de um raciocínio jurídico seria aquela que emulasse uma técnica literária capaz de revelar a *melhor* interpretação possível de um texto, o que pressupõe, não apenas um método para reconstrução de significados implícitos no material que será interpretado, mas também pressupõe uma subteoria da identidade, de modo a permitir diferenciar o que é interpretar um texto (mantendo-se a sua originalidade) e ler um texto de modo a criar algo completamente novo (sem manter contato com o texto original). É por essas razões que o direito deveria ser compreendido como seguindo um método bastante próximo ao da literatura. Ora, da mesma forma em que o artista cria a sua obra na mesma medida em que a está interpretando, o jurista também deveria visualizar a sua tarefa como sendo uma atitude de interpretação criativa da prática jurídica (segundo Dworkin, pelo menos no que se refere aos casos difíceis). Um juiz seria, pois, como uma espécie de romancista que estaria, juntamente com outros, escrevendo uma obra coletiva, sendo cada autor responsável pela escrita de um capítulo, mas tendo, previamente, lido, interpretado e criticado os capítulos anteriores dessa mesma obra” (FERREIRA NETO, 2015, p. 262).

<sup>41</sup> “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes

coerente de princípios, implícitos ou explícitos, o que leva o juiz a se perguntar sobre a adequação e a justificativa de sua decisão ante esses princípios. Logo, “ao mesmo tempo em que deve se ajustar aos precedentes, a decisão de um caso concreto também deve favorecer a melhor justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado” (MAUÉS, 2012, p. 609), cujo objetivo é continuar desenvolvendo a história do direito da comunidade de acordo com os princípios que a regem.

Desse modo, o juiz julga fazendo uma interpretação tanto em uma perspectiva formal, quando investiga se a decisão corresponde àquelas tomadas sobre casos similares, quanto em uma perspectiva substancial, quando deve buscar os princípios de justiça e de equidade que podem justificar a decisão. Tais análises – a formal e a substancial – sempre caminham juntas para que o juiz possa verificar, reciprocamente, se uma interpretação que se ajusta também se justifica (MAUÉS, 2012, p. 609). Portanto, a ideia de integridade instiga a interpretar os precedentes buscando os princípios morais que os amparam, com o propósito de decidir se eles se aplicam ou não ao caso atual (MAUÉS, 2012, p. 609).

Esses princípios marcam a argumentação jurídica, que invoca e utiliza os princípios que os tribunais desenvolvem mediante os processos argumentativos e de criação de precedentes. Além disso, a interpretação judicial, embora seja marcada por um construtivismo interpretativista<sup>42</sup>, encontra freio nos princípios e na sua moralidade institucionalizada (VERBICARO, 2019, p. 297).

---

que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

<sup>42</sup> Primeiramente convém destacar que a explicação sobre o interpretativismo construtivista de Dworkin baseia-se na metaética, porque “não há explicação teórica da nossa realidade prática que não assuma (mesmo que implicitamente) ou pressupostos cognitivistas ou pressupostos não cognitivistas” (FERREIRA NETO, 2015, p. 149). Nesse sentido, a metaética representa uma divisão da teoria ética. A teoria ética, como um ramo autônomo da filosofia, pode ser dividida em ética normativa e metaética. Enquanto a primeira representa a disciplina filosófica que “teria como objeto próprio a análise das perguntas e respostas que os filósofos fornecem a questões práticas substanciais, tais como as questões éticas sobre aborto, eutanásia, pena de morte e etc.”, a metaética “trata do conjunto de questionamentos prévios – acerca da composição essencial das propriedades éticas, dos enunciados externados nessa seara, dos juízos morais (se são meras falsificações, atitudes emotivas, manifestações opinativas individuais, reflexos de convenções sociais contingentes ou se são crenças que captam de modo verdadeiro ou falso uma realidade moral exterior e objetiva) – que devem ser respondidos a partir da perspectiva adotada pelas mais variadas tradições morais” (FERREIRA NETO, 2015, p. 23). A ideia de construtivismo interpretativista pressupõe, portanto, uma explicação metaética, que divide as linhas de pensamento em não cognitivismo e em cognitivismo moral. Isso quer dizer que “o cognitivista assume [...] que os predicados morais possuem significado que pode ser comunicado com objetividade, já que se reportam a algo referível a determinado objeto contido na realidade. Já para o não cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana. Isso porque, para ele, juízos morais são, invariavelmente, falsos ou apenas expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio que possa ser invocado para mensurar o conteúdo dessa ação. Para o cognitivista, os debates morais sobre o que é certo ou errado a se fazer em determinada situação prática pressupõem que exista uma *resposta correta* (ou, ao menos, a resposta mais adequada que é possível de ser alcançada, dado o contexto em que o debate foi

A integridade, nesse sentido, convida a interpretar os precedentes buscando os princípios morais que os fundamentam, tendo em vista decidir se eles devem ou não se aplicar ao caso atual. Portanto, a integridade oferece razões para que um precedente seja mantido se não houver nenhum princípio que venha a ser violado quando de sua aplicação ao caso, da mesma forma que ela justifica a distinção entre os casos e a não aplicação do precedente em razão de um princípio cuja aplicação ao caso atual seja mais coerente com o conjunto do sistema jurídico do que a aplicação do princípio pressuposto nos casos anteriores. Assim, a interpretação dos precedentes regida por princípios será tanto mais aprimorada “quanto maior for o número de casos que o juiz analisar para tomar sua decisão, a fim de que possa identificar o peso relativo que os diferentes princípios possuem no sistema jurídico” (MAUÉS, 2012, p. 609).

Isso permite verificar que os precedentes exercem uma força gravitacional sobre decisões posteriores, de maneira que a sua força não se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. A força gravitacional do precedente só pode ser explicada pela necessidade de “tratar os casos semelhantes do mesmo modo” e “não pode ser apresentada por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação enquanto uma peça da legislação”. Ainda, essa força gravitacional das decisões anteriores deve se limitar à extensão dos argumentos de princípios necessários para justificar tais decisões, de modo que, “se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por um argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma” (DWORKIN, 2020, p. 177).

Nesse mesmo sentido, Neil Duxbury (2008) enfatiza que a noção de força gravitacional ilustra que é um erro tratar precedentes como equivalentes à interpretação das regras legais vinculativas, porque a força gravitacional do precedente é como sua autoridade, variável, de modo que os juízes podem discordar sobre a importância de um precedente em particular, assim como podem discordar sobre o reconhecimento ou de um princípio naquela decisão. Diante do argumento de que a autoridade dos precedentes é variável, o autor pergunta-se o que determina o grau da sua autoridade. De maneira, geral, o autor complementa, quanto maior a hierarquia

---

realizado), a qual é acessível e pode ser descoberta por aqueles que são dotados de alguma capacidade racional (o que não significa dizer que essa será, necessariamente, alcançada)” (FERREIRA NETO, 2015, p. 142). Expostas essas premissas, diz-se que “a teoria de Dworkin é interpretativista e construtivista, porque a dimensão mais relevante para a compreensão do direito exigiria uma leitura contextual da narrativa dentro da qual o direito é interpretado, criado e aplicado, de modo, não apenas histórico e retrospectivo, mas também prospectivo, contínuo e criativo da nossa realidade jurídica. Desse modo, um conceito interpretativo do direito assumiria uma perspectiva, não apenas descritiva, mas também crítica e construtiva dos significados de uma determinada prática social, a qual buscaria identificar e reconstruir os valores e finalidades que melhor justificam a prática” (FERREIRA NETO, 2015, p. 258-259).

do tribunal, mais forte o precedente; o precedente que representa a visão unânime de um colegiado de juízes, provavelmente, terá mais autoridade do que aquele que representa uma maioria (DUXBURY, 2008, p. 57 *et seq.*)

Conceituar e entender precedentes a partir da força gravitacional que possuem é fundamental para a compreensão do ordenamento jurídico e das escolhas feitas pelo Código de Processo Civil quando listou as decisões que teriam força vinculante no seu artigo 927. Entender que não há apenas a vinculação formal e que os precedentes demandam uma análise de outros critérios capazes de influenciar o seu grau de vinculação, necessário para a construção de julgamentos que considerem o que já foi decidido, buscando sempre uma melhor interpretação para o caso em análise.

A feição interpretativa e construtivista da teoria de Dworkin não só se coaduna com um modelo constitucional de processo, como requer um modelo constitucional de processo, dada a exigência de uma consistência que não seja apenas narrativo-literária, mas de uma consistência normativa, a qual deve levar em consideração elementos mínimos que já estão presentes no texto das regras jurídicas vigentes (FERREIRA NETO, 2015, p. 260).

Desse modo, a adequação da teoria dworkiniana à realidade do Brasil deve considerar a integridade dos elementos subjacentes ao precedente que guiaram sua formação, conciliando-o com a nova resposta a ser dada na aplicação (LOPES FILHO, 2020, p. 274), bem como deve ponderar as dificuldades de estabelecimento da *ratio decidendi* diante da realidade decisória do STF.

A teoria dworkiniana é o referencial deste trabalho, mas, como exposto desde o início, a adoção no Brasil de qualquer teoria estrangeira sobre os precedentes deve considerar os aspectos culturais e as dificuldades institucionais das cortes brasileiras. Por isso, embora se aceite como coerente a teoria de Dworkin sobre os precedentes, a adesão às ideias do autor ainda será restrita, sobretudo quando se considera a possibilidade de criação de um “romance em cadeia” no âmbito dos tribunais superiores brasileiros, em especial no STF, bem como a figura do juiz “Hércules”<sup>43</sup>, idealizada pelo autor.

Além dessa ressalva, importa lembrar que o reconhecido trabalho das autoras Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso (2009) expõe a dificuldade de definir o que seria a *ratio decidendi* dos julgados e de aplicá-la aos casos

---

<sup>43</sup> Dworkin apresenta o juiz Hércules como aquele “jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”. O autor supõe que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considera que ele “aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, Hércules aceita que as leis têm o poder geral de gerar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo” (DWORKIN, 2020, p. 165).

subsequentes. O estudo demonstra que, mesmo em casos em que há um julgamento por unanimidade, não se encontra um fundamento único capaz de representar o entendimento da Corte Suprema sobre um determinado tema. Assim, ainda que no dispositivo do julgado seja possível identificar uma tese resultado das discussões, essa tese não representa um julgamento do qual se pode extrair a verdadeira análise do STF sobre determinada matéria.

Quando se atribui ao STF toda a responsabilidade pela unidade do direito, a falta de definição de uma *ratio decidendi* parece contradizer a capacidade que a Corte tem para cumpri-la, o que mais afasta do que aproxima o Brasil de uma uniformidade, coerência e integridade pelos precedentes.

### 3.3 O que vincula no precedente? *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Outro ponto fundamental na teoria dos precedentes judiciais é a definição de *ratio decidendi* e *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*), porque o entendimento da vinculatividade dos precedentes está diretamente ligado à *ratio decidendi*.

Cumprido, portanto, explicar que a *ratio decidendi* é a razão de decidir de determinado julgado, ou seja, é a razão que levou à conclusão do tribunal acerca de determinado assunto de direito. No que diz respeito ao Brasil e ao corte metodológico que se fez neste trabalho, diz-se que a *ratio decidendi* de um precedente do STF é aquela razão ou aquele fundamento determinante para a conclusão do entendimento da Corte.

Embora pareça simples, a identificação da *ratio decidendi* e da sua diferença do *obiter dictum* de um precedente é um dos assuntos mais difíceis da teoria dos precedentes na tradição da *common law*. A construção de uma teoria dos precedentes adequada à realidade brasileira não pode desconsiderar essas dificuldades que, historicamente, a tradição anglo-americana enfrentou no desenvolvimento de sua teoria dos precedentes.

Esse alerta é importante para afastar a ideia de que a adoção de precedentes no Brasil representa uma simplificação do ordenamento jurídico<sup>44</sup>, tendo a vista a aplicação mecânica da

---

<sup>44</sup> “Ao contrário do que se possa presumir, um sistema de precedentes não corresponde à simplificação de sua operacionalidade. Se é verdadeiro afirmar que existem inúmeros motivos para seguir um precedente, nem sempre a sua adoção é o mais apropriado a se fazer e há, de fato, pelo menos uma dezena de fatores que geram impacto e justificam o afastamento nos diversos sistemas jurídicos. Ocorre que o afastamento ou aproveitamento do precedente somente se implementa após a assimilação do próprio precedente, isto é, em primeiro lugar deve ser compreendido que determinado caso anterior constitui um precedente a ser levado em conta no caso a ser decidido, cuja conclusão, por sua vez, depende de premissas comparativas, sem as quais a indicação de similaridade entre casos não passará de estratégia e simulação, seja para alcançar a vitória de um caso, seja, do lugar de fala do juiz, para viabilizar disfarçadamente a fundamentação de uma concepção previamente adotada (pré-compreensão) ou enviesada (como em viés de confirmação ou de enviesamento)” (VIANA; NUNES, 2018, p. 374).

*ratio decidendi* pelos juízes dos casos subsequentes. Como abordado anteriormente, a própria definição de precedentes como princípios demanda uma análise minuciosa do que foi decidido pelo tribunal, bem como da possibilidade de aplicação ao caso sob julgamento. Não se trata, portanto, de uma simplificação mediante mecanicidade, mas de uma profunda análise da fundamentação dos julgados, pois é nessa parte da decisão que se encontra o motivo determinante e, portanto, a razão adotada pelos juízes para decidir o caso.

Alerta-se que a “determinação de quais considerações contidas na motivação da decisão proferida se enquadram na categoria de fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* constitui uma das principais dificuldades enfrentadas na aplicação prática do efeito vinculante” (LEAL, 2006, p. 168-169). Essa dificuldade que já existe nos países onde a materialização da decisão se consubstancia em um parecer único, agrava-se ainda mais no Brasil, no qual a prática de identificar os fundamentos determinantes da decisão é ainda mais tortuosa, em razão da divergência de votos<sup>45</sup> ser verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão. Isto é, “havendo dissenso quanto aos fundamentos somente, a questão será julgada por unanimidade” (LEAL, 2006, p. 169-170).

Exclui-se, assim, qualquer possibilidade de identificar a *ratio decidendi* no dispositivo dos julgados, visto que a “parte dispositiva de uma sentença se aplica, tão somente, ao caso que por aquele pronunciamento é julgado” (CÂMARA, 2018, p. 268). Sem dúvida, no dispositivo das decisões oriundas do controle concentrado de constitucionalidade, encontra-se a força vinculante disposta no artigo 102, § 2.º, da CRFB, o que, como será abordado adiante, em nada se confunde com a força vinculante do precedente judicial.

Portanto, é na fundamentação do julgado que está a *ratio* – ou estão as *rationes*, considerando que um julgado pode ter mais de uma razão de decidir<sup>46</sup> – que levou à conclusão do julgado em determinado sentido. Para fins de identificação do precedente, não importa saber quem saiu vencedor ou vencido no processo que deu origem ao precedente, importa antes saber os fundamentos que determinaram a conclusão a que ali se chegou (CÂMARA, 2018, p. 268). É na fundamentação, também, que há o cotejo da situação fática, fundamental para a configuração e o delineamento da *ratio* e indispensável para a configuração de uma decisão como precedente.

---

<sup>45</sup> A questão dos votos divergentes é analisada com maior profundidade no capítulo 5 do trabalho.

<sup>46</sup> Considerar que um precedente pode ter mais de uma *ratio decidendi* é a crítica feita por MacCormick às teorias que insistem no dogma de que cada precedente deve ter apenas uma única e clara *ratio decidendi*, sendo isso não apenas mera ficção, mas, na verdade, uma ficção nociva (MACCORMICK, 2003, p. 250).

A *ratio decidendi* está na fundamentação, não é a fundamentação. Logo, não é a própria fundamentação que vincula, mas a norma do precedente, construída a partir da fundamentação, que com ela não se confunde (MACÊDO, 2019, p. 249).

De modo simplório, é possível dizer que a *ratio decidendi* é o núcleo vinculante, a parte relevante do julgamento, enquanto os *obiter dicta* são comentários colaterais que não obrigam casos futuros (LOPES FILHO, 2020, p. 180). Fica, contudo, a questão de determinar o que efetivamente deve ser considerado como fundamento determinante e, portanto, qual(is) razão(ões) são as mais importantes (DUXBURY, 2008, p. 56) e os critérios para operar a divisão entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta*.

Constatada essa dificuldade, diferentes foram os métodos desenvolvidos para determinar o que é *ratio* e o que é *obiter*. Um dos mais antigos, difundidos e conhecidos é o teste de Eugene Wambaugh. Concebido no final do século XIX, sua ideia central é inverter o significado de uma questão ou de um argumento e verificar se isso altera ou não o resultado do julgamento. Tal teste é bastante questionado por autores norte-americanos, ante a possibilidade de um precedente possuir mais de uma *ratio decidendi*, de maneira que a inversão isolada de apenas um dos argumentos não é suficiente para alterar o resultado. Esse mesmo raciocínio é utilizado para os casos dos julgamentos colegiados, em que cada magistrado apresenta fundamentos distintos para chegar à mesma conclusão (LOPES FILHO, 2020, p. 183).

Importa destacar, também, a lição de Herman Oliphant acerca da definição da *ratio*. Segundo o autor, que é ligado à tradição realista norte-americana, não há como definir a *ratio decidendi*, isso porque as decisões não são verdadeiramente expostas e não obrigam, por sua carência de formatação, a decisão de juízes posteriores. Definir a *ratio* é impossível, pois as decisões dos tribunais são uma resposta a um estímulo das partes baseadas em boas razões, que não configurariam as razões reais para a decisão (MACÊDO, 2019, p. 251).

Método de muito prestígio é o de Arthur Goodhart (1930), segundo o qual, para definir a *ratio decidendi*, chamada constantemente “princípio do caso<sup>47</sup>”, é necessário determinar quais fatos foram sustentados como materiais, ou seja, “qual a caracterização dos fatos que foi reconhecida pelo tribunal como relevante para decisão” (MACÊDO, 2019, p. 252). Desse modo, é necessário que o intérprete considere todos os fatos que foram observados pelo juiz para, em seguida, identificar quais foram substanciais para a decisão. A *ratio decidendi* de um

---

<sup>47</sup> “A precedent therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the *ratio decidendi*” (GOODHART, 1930, p. 161).

precedente é, portanto, guiada pela identificação dos fatos substanciais para a prolação da decisão (MACÊDO, 2019, p. 252).

Os fatos substanciais ou materiais são a base do julgamento; por via de consequência, autorizam a formulação do direito a ser utilizado no futuro, de modo que é importante observar que Goodhart não se contenta com a regra jurídica dada ou enunciada pela Corte, mas dá ênfase aos fatos considerados, que são, pois, os elementos relevantes para formar o direito a ser aplicado posteriormente. Nesse sentido, a identificação dos fatos materiais deve considerar o entrelaçamento com as consequências jurídicas deles extraídas, de maneira que é “necessário, portanto, isolar os fatos da causa, dividindo-os entre aqueles que foram considerados como base ou não do julgamento. Os primeiros serão materiais, integrantes da *ratio*, enquanto os segundos são imateriais (*obiter dicta*)” (LOPES FILHO, 2020, p. 185). Goodhart (1930) indica ainda os fatos necessariamente imateriais que não compõem a *ratio*: a pessoa, o lugar, o tempo e o tipo. Logo, não importa o nome da pessoa, o horário nem o lugar em sua concretude, senão em aspectos gerais que podem repetir-se em outro julgamento (LOPES FILHO, 2020, p. 185).

Ainda no que diz respeito à teoria de Goodhart, verifica-se que o grande valor de sua técnica é rejeitar que a *ratio* decorra de um mero ato de vontade do julgador da decisão utilizada como precedente, porque o autor se preocupa em considerar o que o tribunal fez no julgamento e não aquilo que o tribunal disse que fez. Porém, duas críticas podem ser direcionadas ao seu método. A primeira concerne à dificuldade de um entendimento unívoco nos órgãos colegiados que adotam o modelo *seriatim*, nos quais muitas vezes é difícil identificar um entendimento unívoco. Esse é, inclusive, o modelo de julgamento no STF<sup>48</sup>. A segunda crítica atinge a restrição que o autor faz da *ratio* ao atrelá-la à conclusão do julgamento, compreendendo-a a partir da ideia de um raciocínio linear único, quando se sabe que a conclusão de procedência ou improcedência de uma ação pode ser – e na maior parte das vezes é – fruto de uma série

---

<sup>48</sup> “Embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 135) faça menção à possibilidade de um debate oral na sessão de julgamento, a prática deliberativa é diversa. Ao menos nos casos mais relevantes, ainda que possa haver esporadicamente algum espaço para perguntas, esclarecimentos de dúvidas e mesmo alguma possível discussão entre ministros e ministras, o debate previsto pelo artigo 135 refere-se a algo distinto, porque anterior à votação. Esse debate prévio nunca ocorre e, salvo interrupções e apartes esporádicos, ministros e ministras simplesmente leem seus votos, escritos previamente, começando pelo relator e prosseguindo na ordem inversa de antiguidade, ficando o presidente por último (RISTF, art. 135). Nessas circunstâncias, as decisões são tomadas com base na soma dos votos dos ministros em favor de um outro resultado. Não há nada que seja escrito de forma coletiva. Essa forma de decidir é conhecida por *seriatim* e se contrapõe ao que se costuma chamar de processo decisório *per curiam*, no qual as decisões são tomadas de forma coletiva. Em decorrência da forma de julgamento adotada no STF, o fato de uma decisão ter mais de um voto escrito não significa que não tenha sido unânime. Há várias decisões unânimes que contêm onze votos individuais, porque todos eles foram escritos antes do julgamento, ou seja, antes que cada um tomasse conhecimento da posição do relator e dos demais membros do tribunal. Cada ministro, portanto, age como se estivesse decidindo sozinho, o que claramente erode o caráter coletivo e colegiado do tribunal” (SILVA, 2021, p. 505-506).

prévia de decisões sobre várias questões de direito material e processual, cada uma delas comportando um raciocínio jurídico completo e autônomo, capaz de ensejar um critério possível de ser utilizado como parâmetro de julgamento no futuro (LOPES FILHO, p. 187).

Conhecidos os principais métodos que buscam explicar a definição da *ratio decidendi* e sua diferença do *obiter dictum*, é necessário discutir como o direito brasileiro deve lidar com “o desafio de determinação da *ratio decidendi*, sobretudo considerando o método *seriatim* de julgamento do Supremo Tribunal. É importante destacar a dificuldade de identificação ou de extração da *ratio decidendi* dos julgados da Corte Suprema no Brasil.

Convém retomar o entendimento dos precedentes judiciais como princípios, lembrando que vinculam a partir da sua força gravitacional, trazendo um ganho hermenêutico para o ordenamento jurídico, com a necessária definição da *ratio decidendi*. Essa relação é necessária, pois a *ratio* (precedente) não tem, na tradição do *common law*, força obrigatória, assim como não se verifica a possibilidade de que tenha essa força obrigatória no Brasil.

Neil Duxbury (2008, p. 23-24) afirma que os precedentes têm autoridade e capacidade para restringir os tomadores de decisão, sendo tal autoridade atribuída a uma série de razões. A razão mais citada talvez seja a de facilitar a coerência e a justiça na tomada de decisões, porque, quando os juízes aplicam precedentes, aumentam a probabilidade de que casos semelhantes sejam tratados como iguais.

Considerando a ideia de integridade e de romance em cadeia de Dworkin, bem como a de que o precedente tem força gravitacional, pode-se compreender que a *ratio* é definida pelo julgador seguinte, “em uma investigação mais profunda em busca de um princípio sistematizado, ou seja, um princípio que se encontre no julgado, mas coerente com toda linha jurisprudencial anterior e que possa, por esse motivo, se sustentar de maneira estável no futuro” (LOPES FILHO, 2020, p. 278-279). De fato, o precedente é parâmetro de conduta que vincula juridicamente de maneira distinta das regras. Tal vinculação é principalmente substancial e não apenas formal, resultando da aferição de sua força hermenêutica (LOPES FILHO, 2020, p. 205).

Mesmo quando há proposição de instituir a *ratio* por parte do tribunal instituidor do precedente, tal fato não ceifa o processo de interpretação dos juízes, tribunais e demais (VIANA; NUNES, 2017, p. 380), porque a determinação do peso do precedente é um processo hermenêutico, marcado pelas noções de compreensão e de interpretação (BUSTAMANTE, 2012, p. 306).

Como contraponto da *ratio decidendi*, o *obiter dictum* é a parte das razões sem importância para a solução do caso, sendo, geralmente, definido por exclusão: é *dictum* tudo

aquilo que não se configura como *ratio decidendi*. Os *obiter dicta* carecem, assim, de “força de precedente”, porque, apesar de estarem contidos em decisões judiciais que podem ser vinculantes, não constituem a parte vinculante dessas decisões (BUSTAMANTE, 2018, p. 714).

Thomas Bustamante (2018) propõe, porém, uma reavaliação dos conceitos de *obiter dicta* para superar a sua definição por exclusão, em razão da possibilidade de considerá-los como atos de fala indireto, ou seja, como atos de fala judiciais que se caracterizam por um importante componente performativo e que geram consequências para os participantes da prática jurídica. Embora os argumentos sejam complexos, pretende-se demonstrar que, quando os juízes pronunciam um *obiter dictum*, expressam como concebem o direito, sendo ingênuo imaginar que, na fundamentação das decisões judiciais, os juízes realizam apenas um único ato de fala. Em razão da extensão e da complexidade dos argumentos encontrados nos atos de aplicação judicial do direito, a sentença judicial dá margem a uma série de atos de fala indiretos. Esses atos de fala indiretos comunicam ao ouvinte mais do que o falante de fato diz. Portanto, quando se está diante de um ato de fala indireto, observa-se que o “falante realiza ações que dependem de suas intenções e que só podem ser bem compreendidas tendo em consideração uma série de informações de fundo compartilhadas, que determinam contextualmente a relevância do ato de fala e a sua força ilocucionária” (BUSTAMANTE, 2018, p. 718).

A ideia de atos de fala indiretos pode, segundo o autor, ajudar a entender o caráter dos *obiter dicta* como pronunciamentos judiciais à margem dos fundamentos necessários para decidir um caso prático, que somente se tornam relevantes quando funcionam como atos de fala indiretos em uma decisão judicial. O entendimento dos *obiter dicta* como atos de fala indiretos é relevante não porque eles estejam diretamente relacionados à decisão do caso concreto, mas porque podem ser prolatados com uma dada força ilocucionária:

Para *alertar* à comunidade jurídica de uma possível modificação futura que se pretende fazer no direito judicial, ou para *requerer* ao legislador que uma determinada lei, ou para realizar uma *promessa* em relação a uma decisão futura, caso determinada matéria venha a ser apreciada pela corte em um caso posterior, ou para *interpretar* proposições jurídicas mais abstratas, que apenas indiretamente se relacionam com o caso em juízo; ou ainda, em exemplos menos honrados, para *oferecer apoio* a um determinado grupo político particular, ou *constranger* uma determinada autoridade a decidir um caso ou matéria que ainda não está sob a jurisdição da corte que prolatou o *obiter dictum* (BUSTAMANTE, 2018, p. 719, grifo do autor).

“Em todas essas situações, os *obiter dicta* adquirem uma relevância prática e são capazes de influenciar o comportamento dos cidadãos, de outros juízes ou de qualquer outra classe de autoridades governamentais” (BUSTAMANTE, 2018, p. 719). De fato, apesar de sua normatividade frágil, “na medida em que não lhes reconhecemos autoridade para decidir definitivamente com força de precedente vinculante, os casos contidos em suas hipóteses e

generalizações, [...] são capazes de influir sobre a prática e gerar razões para a ação” (BUSTAMANTE, 2018, p. 719).

Bustamante (2018) propõe, assim, uma nova concepção do *obiter dictum*, de modo a superar a definição por exclusão: *é obiter dictum* tudo o que não pode ser definido como *ratio decidendi*. Em sua análise, o autor define *obiter dicta* abusivos como “pronunciamentos institucionais, frequentemente semiautoritativos, para os quais os juízes não estão legitimados, na medida em que transcendem as circunstâncias em que os magistrados têm autoridade legítima para dizer o direito ou pronunciar-se institucionalmente” (BUSTAMANTE, 2018, p. 726)<sup>49</sup>.

Por conseguinte, a definição de *obiter dicta* deve ir além de proposição negativa quando comparado à *ratio decidendi*, sobretudo quando se defende que as decisões judiciais devem ter por norte o Estado Democrático de Direito.

## 4 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

### 4.1 Precedentes no Brasil: a vinculação no CPC/2015

Os precedentes judiciais aceitam inúmeras análises, em muitos pontos diametralmente divergentes, comportando desde aqueles que defendem a inconstitucionalidade de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil<sup>50</sup>, até aqueles que negam a existência de um sistema de precedentes<sup>51</sup> no ordenamento jurídico. É certo, contudo, que tanto a tentativa de diminuição

---

<sup>49</sup> O autor classifica ainda os *obiter dicta* abusivos em sentido próprio e impróprio. Em sentido próprio, podem ser classificados como politicamente indutivos, o tipo mais usual é o pronunciamento judicial sobre o mérito de uma matéria em discussão no Poder Legislativo. Nesse caso, os juízes tomam partido nessas matérias, interferindo na política e criando incentivos para decisões particulares, falhando em respeitar um importante aspecto do princípio da separação de poderes, que é a ideia de “governança articulada”. Assim, quando “os juízes se pronunciam sobre questão que ainda não está sob seu exame, ou seja, questão sobre a qual o Judiciário não deve, pelo menos naquele momento, realizar qualquer pronunciamento, então eles fracassam em respeitar o tipo de independência funcional exigida pela separação de Poderes e pelo ideal de ‘governança articulada’ pressuposto pelo princípio do Estado de Direito” (BUSTAMANTE, 2018, p. 728). Em sentido estrito, outro *obiter dictum* abusivo é o transprocessual, em que uma questão de direito interfere no julgamento de um outro caso, cujo julgamento está pendente em um órgão jurisdicional distinto. Um outro tipo de *obiter dictum* é o exoprocessual, que trata dos pronunciamentos prolatados fora dos autos. Já os *obiter dicta* de competição interna são aqueles utilizados pelo magistrado como uma forma de exercer pressão sobre o outro, a fim de minar a autoridade da decisão e contribuir para a sua revisão. Isso ocorre quando, “fora dos autos, um membro do órgão colegiado pode se manifestar na imprensa contra a decisão de um colega seu, com vistas a ridicularizá-la e a estimular a sua revisão por vias informais” (BUSTAMANTE, 2018, p. 735). Por fim, os *obiter dicta* abusivos em sentido impróprio são aqueles em que “a sua relevância não está no uso posterior que outras autoridades, judiciais ou extrajudiciais, podem dele fazer em atos ou processos futuros, mas nos próprios atos ilocucionários praticados pelos magistrados” (BUSTAMANTE, 2018, p. 736).

<sup>50</sup> Nesse sentido, entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015).

<sup>51</sup> Assim defende Lenio Luiz Streck (2018).

da irracionalidade decisória quanto o empenho em diminuir o quantitativo de ações repetitivas<sup>52</sup> são pontos comuns na doutrina processual que defende a vinculatividade dos precedentes dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a complexidade dessa problemática e a existência de tantas discussões interdisciplinares, as críticas sustentam-se na restrita ideia da delegação da tarefa de uniformidade decisória às cortes superiores, sobretudo quando se pensa na reestruturação do Poder Judiciário, como propõe parte da doutrina<sup>53</sup>. Nesse caso, imaginar que caberá à Suprema Corte o dever de dar unidade ao direito por meio de suas decisões, as quais serão todas obrigatoriamente vinculantes, é pensar em uma teoria de precedentes que desconsidera a realidade deliberativa desse órgão do Poder Judiciário e ignora um modelo de processo constitucional democrático, voltado para a participação dos sujeitos na formação das decisões.

Outorgar unicamente ao Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição, o papel de garantir a segurança jurídica, a racionalidade e a unidade do ordenamento jurídico por meios estritamente formais pode ser uma prática que delega à Suprema Corte um ônus que talvez ela não possa sustentar, principalmente quando se revela a sua realidade decisória. Não é à toa que os diversos estudos a respeito da deliberação no Supremo Tribunal<sup>54</sup> são cada vez mais necessários para mostrar uma realidade que pode representar, muitas vezes, os ministros como verdadeiras “ilhas decisórias”<sup>55</sup>.

Na teoria de Dworkin (1999), a ideia de integridade resulta de decisões que consideram não apenas os julgados proferidos anteriormente; na construção e na busca de uma melhor resposta, o juiz deve analisar o ordenamento jurídico como um todo íntegro, do qual poderá extrair o que seria a “única resposta correta”<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> José Henrique Mouta expõe, a partir do contexto da crise de tempestividade da tutela jurisdicional, que o fortalecimento dos precedentes judiciais no CPC/2015 revela uma tendência interpretativa que leva à ampliação do caráter vinculante das decisões dos Órgãos Colegiados (Superiores e Locais). Ainda, “a sistemática do caso repetitivo significa a ampliação da força do precedente e maior restrição de acesso aos Tribunais” (ARAÚJO, 2015, p. 429).

<sup>53</sup> Tese defendida por Luiz Guilherme Marinoni (2016b) e Daniel Mitidiero (2016).

<sup>54</sup> Como é o caso dos trabalhos de Virgílio Afonso da Silva (2015, 2017) e de Vojvodic, Machado e Cardoso (2009) que serão analisados no capítulo 5.

<sup>55</sup> O aprofundamento das discussões sobre a realidade decisória e o modo de deliberação no Supremo Tribunal Federal será realizado no capítulo 5. Esclarece-se, porém, que a imagem das “ilhas decisórias” ou ainda do STF formado por “11 ilhas decisórias” é utilizada para demonstrar o isolamento dos julgadores que integram um órgão colegiado durante o processo decisório. Para um maior aprofundamento desse tema, ver Klafke e Pretzel (2014).

<sup>56</sup> A proposta hermenêutica do direito como integridade desenvolvida por Dworkin seria apta a resolver os casos do direito a partir de uma ideia de construção interpretativa. Assim, a única resposta correta decorreria da correta interpretação das normas jurídicas, as quais determinariam um só resultado, considerando a coerência narrativa dentro de uma história das práticas jurídicas (VERBICARO, 2019, p. 308).

Constata-se, assim, que a proposta de vinculação de toda decisão do STF feita por aqueles que julgam que a vinculatividade dos julgados deve-se exclusivamente a um critério de vinculação formal, o que revela a defesa, apenas, da autoridade – e, portanto, quem teria autoridade para dar unidade ao direito por meio de precedentes é a Suprema Corte – encontra inúmeros desafios para se concretizar, principalmente quando se analisa a realidade decisória do STF. Nesse sentido, apresentar-se-á um panorama das construções doutrinárias que defendem a vinculação dos precedentes para, posteriormente, traçar algumas diferenças entre o efeito vinculante das decisões judiciais e o efeito vinculante dos precedentes judiciais, demonstrando, também, as propostas de vinculação obrigatória e gradual dos precedentes.

Observa-se que não há uma uniformidade quanto ao critério de vinculação dos precedentes, existindo inúmeras divergências acerca do que define um precedente como vinculante: um aspecto formal, um critério de autoridade, a utilização da reclamação constitucional. O certo é que as teorias convergem para a defesa da estabilidade, da uniformidade, da integridade e da coerência das decisões, por meio da adoção de um sistema de precedentes vinculantes, conforme estabelecido pelo CPC de 2015 em seu artigo 927, o que ressalta a defesa da vinculação formal.

Nesse sentido, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais é apontada, por parte da doutrina processual, conforme se demonstrará adiante, como uma solução para a uniformização do direito, gerando segurança jurídica para os jurisdicionados.

Cabe explicar que, conceitualmente, precedentes obrigatórios e precedentes vinculantes não serão utilizados como termos sinônimos neste trabalho. Os precedentes obrigatórios traduzem a proposição feita por Marinoni em seu livro “Precedentes Obrigatórios” (2016b), utilizada também por Daniel Mitidiero, que atrela a vinculação dos precedentes apenas ao critério de vinculação formal, ou seja, a disposição das decisões no art. 927 do CPC. A construção acerca da vinculatividade obrigatória dos precedentes revela, ainda, o critério de autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) como fundamento dessa vinculação formal.

Já a utilização do termo precedentes vinculantes não traduzirá a ideia de vinculação apenas formal dos precedentes, mas sim a análise de outros critérios considerados relevantes na análise gradual da vinculação. Não se utilizará, também, o termo precedentes com vinculação absoluta, em razão da particularidade que traduz, uma vez que, no final do século XIX, a *House of Lords* decidiu, em *London Tramways*, “que não poderia revogar os seus precedentes, tendo essa decisão constituído uma espécie de imunidade contra o overruling” (MARINONI, 2016b, p. 228), o que só foi superado em 1966 quando se declarou que, diante de certas circunstâncias,

a *House of Lords* poderia revogar seus próprios precedentes. A vinculação absoluta remete, assim, a impossibilidade da Corte revogar seus próprios precedentes (MARINONI, 2016b, p. 228).

Diante disso, e visando compreender como a doutrina concebe a capacidade vinculatória dos precedentes no sistema brasileiro, aponta-se a existência de, pelo menos, sete correntes doutrinárias que interpretam o artigo 927 do CPC/2015, com base na classificação feita por Ronaldo Cramer (2016, p. 183-188) e por Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 215-217).

Uma primeira corrente entende que o artigo 927 do CPC/2015 estabelece um rol de precedentes vinculantes com base em um critério prioritariamente semântico, fruto de uma escolha do legislador, que deve ser considerada em respeito ao princípio democrático – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Fazem parte dessa corrente autores como Fredie Didier Junior (2015), Hermes Zaneti Jr. (2019) e Ronaldo Cramer (2016).

A segunda corrente, que tem como representante Teresa Arruda Alvim (2019), defende a tese consoante a qual o que dá força vinculante ou obrigatoriedade forte ao precedente é a previsão de reclamação<sup>57</sup> e, portanto, a existência de instrumento processual que autoriza o tribunal cujo precedente foi desrespeitado a impor seu entendimento *per saltum*. Isso é diferente da vinculatividade ou obrigatoriedade média<sup>58</sup> dos precedentes, essa última já caracterizada pelo manejo de recursos ou mediante abreviação dos procedimentos, como previsto nos artigos 12, 311, II, 932, IV, 955, parágrafo único, I e II, e 312, todos do CPC/2015 (ALVIM, 2019).

Já a terceira corrente – a que se filia Alexandre Freitas Câmara (2018) – considera que o artigo 927 do CPC/2015 não poderia atribuir força vinculante aos precedentes, podendo exigir apenas que os tribunais observem os precedentes, apesar de reconhecer a força vinculante de

<sup>57</sup> “O CPC/2015 criou algumas hipóteses de obrigatoriedade forte de precedentes: casos em que, se forem desrespeitados, cabe à parte manejar reclamação. São elas as decisões proferidas em recurso extraordinário – seja avulso ou repetitivo –, ou em recurso especial repetitivo (art. 988, § 5º, II); em incidente de assunção de competência e em incidente de julgamento de demandas repetitivas (art. 988, IV)” (ALVIM, 2019). Ainda, “conclusão semelhante é alcançada por José Miguel Garcia Medina, apontando para a reclamação como instrumento para gerar uma vinculação formal. Assim, os casos do inciso IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser cabível a reclamação, muito embora não possam ser ignorados por força do art. 489, § 1.º, VI, do CPC, que exige a devida fundamentação para a não aplicação do precedente” (PEIXOTO, 2018, p. 122).

<sup>58</sup> Considerando que o primeiro critério que diferencia a vinculatividade forte da vinculatividade média é a previsão de reclamação, ainda segundo a autora pode-se citar o “segundo critério que indica ser o precedente de vinculatividade média é estar entre os elementos oriundos da jurisprudência, usado como critério para criar facilidades procedimentais, que levam, normalmente, à abreviação do processo. O que caracteriza a obrigatoriedade (vinculatividade) média, além, portanto, de não haver remédio próprio para corrigir as decisões que os desrespeitam, é, também, a circunstância de (i) aquele específico precedente, ou (ii) aquele elemento oriundo do labor jurisprudencial, ou, ainda, (iii) a situação da jurisprudência em certo Tribunal (por exemplo: jurisprudência dominante) autorizarem providências que levam à simplificação do procedimento e à consequente abreviação da duração do processo” (ALVIM, 2019).

cada um dos padrões vinculantes (precedentes), desde que “construídos por meio de um procedimento desenvolvido em participação ampliada e formados por decisões judiciais produzidas por verdadeiras deliberações dialogadas dos órgãos jurisdicionais que a prolatam” além de dotados de uma fundamentação especialmente completa (CÂMARA, 2018, p. 39).

A quarta corrente prega a inconstitucionalidade da vinculatividade dos precedentes do artigo 927 do CPC/2015, porque só à Constituição cabe agasalhar outras hipóteses de vinculatividade, como ocorre com as decisões em controle direto de constitucionalidade e súmulas vinculantes. Podem ser identificados nessa corrente os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015).

A quinta corrente não se satisfaz com o rol do artigo 927, assumindo que quaisquer decisões emanadas das cortes supremas são passíveis de serem consideradas precedentes obrigatórios, decorrendo da autoridade das cortes a sua vinculatividade. Pertencem a essa corrente os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2019).

A sexta corrente sustenta a impossibilidade de se falar em precedentes no CPC/2015. Para seus representantes, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2015, p. 176), haveria no CPC/2015 “um sistema de vinculação jurisprudencial e não de precedentes”, com o reconhecimento de uma influência dworkiniana no tocante à proposta de integridade (VIANA; NUNES, 2018, p. 217). No que diz respeito à interpretação feita por essa corrente, aponta-se o risco de que essa proposição afaste por completo o vultoso ganho trazido pelo CPC/2015 quanto à tentativa de criar um sistema jurídico mais estável, íntegro e coerente de decisões judiciais. Desconhecer esse objetivo por meio do rechaço total de um sistema de precedentes no Brasil não contribui para o avanço do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Viana e Nunes (2018, p. 222), “Por óbvio, negar a existência do precedente no Brasil não representa o automático abate das técnicas trazidas pelo Código, e, por essa razão, o sistema tornar-se-á ainda mais perverso”. Assim, vale registrar primeiramente o entendimento de que se deve reconhecer que um sistema de precedentes tende a contribuir para o desenvolvimento tanto de técnicas processuais, quanto de teorias aptas a diminuir as barreiras que circundam o direito jurisprudencial, amoldando-se ao direito democrático (VIANA; NUNES, 2018, p. 221).

Pode-se falar, ainda, em uma sétima corrente. Assim, nessa linha, Breno Baía Magalhães e Sandoval Alves da Silva (2012) entendem que os precedentes, seja no sistema de *civil law*, seja no sistema de *common law*, apresentam, em vez de uma vinculação absoluta<sup>59</sup> (que nos

---

<sup>59</sup> Essa é a expressão utilizada pelos autores para se referir a vinculação formal, legal ou constitucional. Como dito, evita-se a utilização da vinculação absoluta, mas aqui, reproduziu-se a forma como os autores desenvolvem a argumentação a respeito da vinculação gradual dos precedentes.

parece ser sinônimo de obrigatória), uma variada gradação em sua força normativa, não dependendo necessariamente das circunstâncias relacionadas com a exigência de uma vinculação formal legal ou constitucional. Outros fatores, como correção da interpretação da Constituição, alcance de seus argumentos e proteção dos direitos fundamentais, devem ser considerados quando se analisa o grau de vinculatividade dos precedentes (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 95).

Importa, então, analisar, primeiramente, os argumentos das principais correntes que defendem a vinculação obrigatória dos precedentes (primeira e quinta correntes), para ao final, tecer observações críticas.

A interpretação segundo a qual a eficácia dos precedentes é obrigatória, leitura feita pelos autores da primeira e da quinta correntes, encontra obstáculos grandiosos para se concretizar. Alguns deles são a definição da *ratio decidendi* pelo próprio STF e a sua prática deliberativa. Embora o objetivo seja garantir a segurança jurídica a partir da vinculação e da obrigatoriedade de seguir os precedentes, questiona-se se tal proposição é concretizável da maneira como a concebem os autores.

Mitidiero (2016) defende a reestruturação do Poder Judiciário em cortes de precedentes – também conhecidas como cortes supremas –, às quais caberia a outorga da interpretação prospectiva e a unidade do direito mediante a formação de precedentes. Segundo o autor, essas cortes não deveriam atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas cortes de justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito. Portanto, não teriam como função exercer controle retrospectivo sobre as cortes de justiça. A sua função seria, de outro modo, atuar a fim de guiar as futuras decisões das cortes de justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. “Vale dizer: devem atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação” (MITIDIERO, 2016, p. 91). O objetivo das cortes de precedentes seria, então, atingir essa finalidade.

Parece não haver dúvida quanto à atuação prospectiva do STF no que diz respeito ao julgamento de casos que podem ser utilizados como precedentes, mas tal tarefa não retira a função que a Corte tem de atuar como tribunal de última instância, característica também presente.

Ainda segundo Mitidiero (2016), o novo CPC percebeu a necessidade de reconstrução do sistema judiciário, de modo que confere ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a possibilidade de analisar a questão recursal mesmo que tenha havido desistência recursal

(CPC/2015, art. 998, parágrafo único) e de conhecer recursos desconsiderando vícios formais (CPC/2015, art. 1029, § 3.º), além de permitir o amplo debate (CPC/2015, art. 1038) e vincular os órgãos jurisdicionais horizontal e verticalmente às razões dos julgados (CPC/2015, art. 927, art. 1039 e art. 1040). Logo, “o Novo Código deixou claro que o caso concreto levado à apreciação é apenas um pretexto para que essas Cortes possam dar unidade ao Direito” (MITIDIERO, 2016, p. 92).

Assim, aduz o autor, cabe ao STF e ao STJ o dever de dar unidade ao direito, de modo que, “A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes” (MITIDIERO, 2016, p. 92).

A formação de precedentes, nesse caso, terá como fator único o caráter institucional ou de autoridade da Corte que proferiu a decisão. Assim, o precedente só poderia advir do STJ ou do STF, sem considerar as razões que o formam, sendo pouco relevante o conteúdo da decisão. Sendo o precedente judicial fonte primária do direito, seu caráter vinculante decorre não do costume judicial e da doutrina, nem da congruência social das razões invocadas e muito menos de norma constitucional legal que assim o determine, “mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional como função básica do Estado” (MITIDIERO, 2016, p. 99).

Mitidiero (2016) sustenta, ainda, a tese de que a definição sobre a *ratio decidendi* cabe à Corte Suprema, a qual decidirá não apenas o caso, mas também a sua interpretação sobre o que deve ser entendido como *ratio* (VIANA; NUNES, 2018, p. 255). As cortes supremas – também chamadas “cortes de precedentes” pelo autor – desempenhariam um papel não só retrospectivo, mas também prospectivo sobre os casos julgados a fim de uniformizar a aplicação do direito, devendo atuar para guiar as futuras decisões dos demais tribunais e juízes a elas vinculados, além da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. Esse seria o papel prospectivo, capaz de dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação, garantindo a igualdade e a segurança jurídica (MITIDIERO, 2016, p. 91).

Marinoni (2016b), por sua vez, na mesma linha dos precedentes obrigatórios (ou melhor, vinculantes), defende também a vinculatividade de todas as decisões do STF, a partir da atribuição de poder às cortes supremas para que, ao julgar casos, atribuam efeito vinculante aos principais motivos das decisões (*ratio decidendi*) (VIANA; NUNES, 2018, p. 237). O autor é claro ao defender que, no controle difuso, mesmo a coisa julgada não tendo efeito *erga omnes*, é necessário dar força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi*, “evitando-se a sua

desconsideração pelos demais órgãos judiciários” e impedindo-os de negar os motivos determinantes da decisão (MARINONI, 2016b, p. 298).

Assim, tanto Marinoni quanto Mitidiero atribuem função específica às cortes supremas, que é a de dar unidade ao direito a partir de suas decisões, as quais vincularão todas as demais instâncias do Poder Judiciário, sendo de pleno conhecimento, inclusive, de todos os cidadãos (VIANA; NUNES, 2018, p. 237).

Esse amplo conhecimento é fundamental, porque possibilitaria tanto ao cidadão quanto ao advogado, e principalmente a este último, avaliar a possibilidade de ajuizar ou não uma ação nos casos em que a pretensão do autor amolda-se a um precedente obrigatório ou em que não há precedente contrário à pretensão (VIANA; NUNES, 2018, p. 238).

Zaneti, assim como Marinoni e Mitidiero, defende a existência das cortes de vértice ou de precedentes, que assumiriam a interpretação e a uniformização do direito, acrescentando que seriam, também, capazes de dar racionalidade ao ordenamento jurídico por meio de uma teoria da interpretação realista, moderada e responsável<sup>60</sup> (ZANETI, 2019, p. 427).

Para Zaneti (2019, p. 411), uma teoria dos precedentes é uma teoria para cortes supremas por dois motivos: primeiro, porque as cortes supremas são as principais destinatárias de uma teoria dos precedentes por serem as cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque as próprias cortes supremas devem vincular-se aos seus precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual.

A racionalidade do ordenamento jurídico estaria intimamente ligada à função das cortes de vértice, das cortes supremas, e à correta aplicação dos precedentes, pois o modelo de

---

<sup>60</sup> “A teoria realista, moderada e responsável da interpretação reconhece a imperativa necessidade de interpretar os textos dos dispositivos legais e constitucionais e significa conseguir distinguir entre estar ‘ocupado’ com a indeterminação dos textos e a sua correta interpretação e estar ‘preocupado’ com esta indeterminação e correta interpretação. A diferença é sutil, mas relevante. Trata-se de uma postura cultural. É muito mais adequado assumir as premissas do positivismo jurídico metodológico e trabalhar consistentemente para permitir a maior clareza, precisão e correção das normas jurídicas do que abandonar o processo de reconstrução de sentido do direito ao decisionismo ativista e solitário do juiz no momento da decisão. É completamente equivocado depositar toda a “esperança” em uma visão jurisprudencial do direito como se esta fosse uma vanguarda contínua. O que garante a vanguarda do direito é a lei e a constituição, sendo a interpretação judicial um potencial de sua efetivação ou não, a depender do momento histórico e do contexto dogmático de uma determinada cultura jurídica. Daí a importância de construção de limites e vínculos para este momento interpretativo. Assim, a interpretação é (a) **realista**, em razão da premissa de que texto e norma não se confundem e de que a decisão se um caso é simples ou complexo é já uma escolha; (b) **moderada**, pois sabe ser necessária a revisão de toda legislação, a literatura jurídica e os demais precedentes aplicáveis ao caso sob análise (atividade tendencialmente cognitiva do intérprete); (c) **responsável**, porque a interpretação é comprometida com a racionalidade e a universalização, sendo aplicáveis a casos análogos e futuros, o que responsabiliza os órgãos de decisão, que assumem o compromisso de manter a estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico” (ZANETI, 2019, p. 152-153, grifo do autor).

precedentes será racional “porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação” (ZANETI, 2019, p. 355). As cortes teriam o papel não só de fixar precedentes, mas também de controlar a sua aplicação, de maneira que o autor discorda das teses que reconhecem como precedentes apenas aqueles emanados de supremas cortes, defendendo, diferentemente, que “serão precedentes mesmo as decisões que não forem de Cortes Supremas, desde que, por evidente, limitem-se à sua esfera de influência formal e, portanto, respeitem as decisões de instâncias formalmente superiores” (ZANETI, 2019, p. 404).

Esse respeito às decisões formalmente superiores representa a vinculação formal, de modo que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional não pode ser considerado correto (ZANETI, 2019, p. 344). Assim, “vinculação formal será sinônimo de vinculação *de iure* e implicará o reconhecimento dos precedentes como fonte normativa primária formal, independentemente do seu conteúdo” (ZANETI, 2019, p. 344), não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão.

Zaneti reconhece, portanto, que os precedentes vinculam independentemente de uma previsão legal, mas reconhece que essa disposição formal, ou seja, do texto de lei, aumenta a presunção a favor do precedente. Seguindo essa análise, o autor propõe que a vinculação dos precedentes seja classificada em três graus: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*). No primeiro, a vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação racional no processo de interpretação, independente de lei formal, sendo a aplicação dos casos-precedentes tanto horizontal quanto vertical. No segundo, há uma obrigatoriedade formal de levar os casos-precedentes em consideração, sendo as decisões passíveis de impugnação por via recursal no caso de não seguirem o precedente. Por fim, no terceiro, a vinculatividade é também prevista em lei, mas possibilita a impugnação por via autônoma diretamente nos tribunais superiores, quando as decisões não respeitarem a autoridade do precedente (ZANETI, 2019, p. 346).

Portanto, para o autor, a “força normativa dos precedentes prescinde de vinculação formal”, mas o reconhecimento formal pela lei dessa força normativa dos precedentes “é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico” (ZANETI, 2019, p. 347), sendo fundamental que os precedentes sejam normativos e vinculantes independentemente do seu conteúdo e da bondade de suas razões (ZANETI, 2019, p. 431).

Nesse contexto, verifica-se que as diversas posições doutrinárias a respeito do efeito vinculante visam alcançar o mesmo objetivo: coerência e integridade do ordenamento jurídico a partir da aplicação dos precedentes das cortes superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a resguardar a isonomia e a segurança jurídica. Esse objetivo poderá ser concretizado se tais doutrinas observarem alguns pontos que diferenciam a força vinculatória dos precedentes e o efeito vinculante das decisões judiciais, bem como a necessidade de reavaliar a proposição de precedentes obrigatórios diante da possibilidade de uma vinculação gradual.

#### **4.2 Efeito vinculante e precedente vinculante: distinções necessárias**

Como exposto no tópico anterior, diversas são as correntes doutrinárias que defendem a existência de precedentes vinculantes no CPC/2015, seja por um caráter semântico, seja pela vinculação apenas daqueles acobertados pelo instituto da reclamação constitucional. Há, ainda, os que defendem a inexistência de um sistema de precedentes vinculantes, afirmando haver apenas uma “jurisprudência vinculante”. Há finalmente aqueles que defendem a existência de uma vinculação gradual e não uma vinculação obrigatória desses precedentes listados no CPC/2015.

A utilização do termo “precedentes vinculantes” representa uma tentativa de atribuir uma condição de “obrigatoriedade”, por meio da vinculatividade formal, à aplicação das decisões dos tribunais superiores, objetivando afastar a ideia de precedentes “persuasivos” (MITIDIERO, 2016), concepção corriqueiramente observada nos países de *civil law*, nos quais as decisões das cortes superiores seriam seguidas apenas eventualmente pelos demais juízes e tribunais. Com o CPC/2015 e a necessidade de garantir maior coerência, integridade e uniformidade ao ordenamento jurídico, positivou-se expressa e formalmente a imprescindibilidade de observância, pelos demais juízes e tribunais, das decisões das cortes superiores. Isso levou à adoção formal de um sistema de precedentes vinculantes, no qual esse “efeito vinculante” seria capaz de garantir a aplicação das decisões listadas no artigo 927 do CPC/2015 pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Cumprir fazer uma distinção entre o efeito vinculante das decisões, disposto no artigo 102, § 2.º, da CRFB, e os precedentes vinculantes, pois a atribuição de um efeito vinculante formal às decisões constantes do rol do artigo 927 do CPC/2015 pode levar a uma atecnia na utilização dos conceitos de “decisões dotadas de efeito vinculante” e “precedentes vinculantes”,

porque, embora voltados para o mesmo objetivo – integridade e igualdade do ordenamento jurídico mediante aplicação de decisões anteriores dos órgãos superiores – são técnicas diferentes entre si.

O efeito vinculante é um instituto presente desde a EC n.º 3/1993 nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e após a EC n.º 45/2004 nas ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADI). Essa incorporação do efeito vinculante às decisões em controle de constitucionalidade pode ser entendida como artificial, porque, desde 1891, a tradição jurídica brasileira de controle de constitucionalidade nunca havia empregado institutos que impusessem, formalmente, o “respeito aos precedentes dos tribunais superiores, em uma tentativa de simular o desenvolvimento tradicional do *stare decisis* anglo-saxão” (MAGALHÃES, 2015, p. 161).

Trata-se de uma categoria jurídico-positiva que ainda requer maior aprofundamento conceitual, dadas as imprecisões técnicas na utilização do termo “vinculação”. Nesse sentido, Talamini (2011, p. 136) explica que o efeito vinculante, em sentido estrito, diz respeito à obrigatoriedade e à imposição de uma determinada dicção judicial, que deverá ser observada e aplicada por outros órgãos estatais, e à generalidade de pessoas. A não aplicação dessas dicções resulta em afronta à autoridade e à competência do órgão que emitiu a dicção, sobretudo porque o efeito vinculante está presente nos pronunciamentos finais de mérito e nas decisões que concedem liminares nas ações de controle direto e concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (TALAMINI, 2011, p. 136-137).

Importa destacar, nesse contexto, que a força vinculante das decisões diz respeito a algo que vai além das partes que participaram do processo; logo, atinge não só aqueles que participaram do processo, pois a regra é que a decisão vincule as próprias partes do processo. É o que ocorre com a coisa julgada, qualidade de imutabilidade da sentença que recai sobre os seus efeitos e que tem dois aspectos: o positivo e o negativo, os quais representam, respectivamente, a proibição de novo exame do mesmo objeto processual que envolva as mesmas partes por outro juiz, que deve negar novo julgamento de mérito, e a imposição de seguir de modo obrigatório o comando da sentença anterior, quando qualquer outro juiz julgar novo processo que envolva as mesmas partes e cujo resultado dependa logicamente da solução alcançada no processo em que já houve coisa julgada material (TALAMINI, 2011, p. 137).

Deve-se observar que as sentenças, em uma eficácia natural, já atingem terceiros, pois são imperativas. Não obstante, essa imperatividade – os naturais efeitos da sentença sobre terceiros – não é capaz de identificar a eficácia vinculante, que não se reduz a uma extensão

*ultra partes* dos efeitos do pronunciamento judicial. Nesse mesmo sentido, não cabe tentar caracterizar a força vinculante como a indiscutibilidade *erga omnes* de uma determinada decisão judicial. Com efeito, embora haja uma íntima relação entre a coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante, existem decisões, por exemplo, em que a força vinculante está presente mesmo quando não há o trânsito em julgado e, portanto, as decisões não estão revestidas da coisa julgada, como é o caso das liminares em ações diretas de inconstitucionalidade (TALAMINI, 2011, p. 139).

De fato, o que confere identidade à força vinculante é um conjunto de fatores. O primeiro deles diz respeito ao conteúdo da decisão, que versa não sobre um conflito de interesses concreto, mas sobre uma questão jurídica em abstrato, o que permite compreender que, não havendo as partes litigantes no sentido clássico, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma tem a mesma extensão que a própria norma teria. Desse modo, mesmo a análise do conteúdo da decisão não é suficiente para caracterizar o efeito vinculante, que não se resume ao alcance da coisa julgada *erga omnes* dos julgados, sobretudo pela existência de decisões liminares aptas a produzir força vinculante (TALAMINI, 2011, p. 139).

Diante disso, outros três aspectos devem ser analisados: se a competência concentrada está em um único órgão, se a via processual utilizada é tipicamente fechada e se a decisão produzida não tem eficácia declaratória, tendo também uma eficácia anexa impositiva de aplicação desse comando declaratório. Os dois primeiros aspectos seriam responsáveis por conferir operacionalidade ao mecanismo da vinculação, enquanto o último, representado pela eficácia declaratória com efeito *erga omnes*, seria o substrato da eficácia anexa. Observa-se, portanto, que há uma diferença entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, pois esta constitui apenas um dos aspectos responsáveis por caracterizar o efeito vinculante, ou seja, apenas diz respeito ao alcance da decisão, que atinge terceiros; já o efeito vinculante não se reduz a essa definição, sendo um efeito da decisão judicial que conjuga a eficácia geral e abstrata do comando decisório resultado de um processo objetivo e que, por meio de uma eficácia anexa, impõe a outros órgãos a aplicação da solução adotada (TALAMINI, 2011, p. 140-141).

O efeito vinculante diz respeito ao limite objetivo do julgado e refere-se à parte dispositiva do julgado, podendo-se inferir, segundo dispõe o artigo 102, § 2.º, da CF/88<sup>61</sup>, que todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta (exceto

---

<sup>61</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

o próprio STF) estariam vinculados às decisões do STF (MAGALHÃES, 2015, p. 162). A preservação do contraditório e da ampla defesa são, inclusive, apontados como argumentos para justificar o efeito vinculante à parte dispositiva do julgado, levando ao indeferimento de reclamações constitucionais, pois essa via “possui rito abreviado, de instrução restrita, em que dispensa notificação de eventuais interessados” (MAGALHÃES, 2015, p. 186). A fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, “seria inadequado elastecer o campo de questões controvertidas para abarcar assuntos que não foram examinados pelo precedente” (MAGALHÃES, 2015, p. 186).

Há, porém, aqueles que advogam a tese da “transcendência dos motivos determinantes” (MAGALHÃES, 2015, p. 162): o efeito vinculante estaria na fundamentação dos julgados e não na sua parte dispositiva. Essa controvérsia teria sido, aparentemente, sanada pelo STF no julgamento da Reclamação (Rcl) 3014/SP<sup>62</sup>, ao indicar que “o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva do acórdão, ou seja, não transcende para alcançar os fundamentos determinantes”. Todavia, ainda que a tese da transcendência dos motivos determinantes tenha sido rechaçada pelo STF, observa-se que, em alguns julgamentos, “a simples limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão não é suficiente para explicar a amplitude adquirida pelo precedente formulado no controle abstrato” (MAGALHÃES, 2015, p. 163).

Embora a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes possa ser verificada em casos específicos, o STF, de acordo com o voto do ministro Moreira Alves, estabeleceu que o dispositivo do julgado seria o limite objetivo do efeito vinculante. O plenário do STF debruçou-se, também, sobre o problema da transcendência e, em apertada maioria, nos autos da Rcl 3014/SP, “entendeu inaplicável a tese da transcendência dos motivos determinantes” (MAGALHÃES, 2015, p. 172). Tratava-se de “decisão reclamada do TRT da 15.<sup>a</sup> Região que afastou lei municipal para adotar o valor da Requisição de Pequeno Valor (RPV) previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (MAGALHÃES, 2015, p. 172). O município de Indaiatuba sustentava que o Tribunal, no julgamento da ADI 2868/PI, teria firmado o entendimento no sentido de permitir aos municípios dispor sobre os valores das RPV “de acordo com suas possibilidades orçamentárias, sem vínculo com o valor mínimo previsto no ADCT” (MAGALHÃES, 2015, p. 172). O ministro Ayres Britto, relator do caso, considerou que a questão de a distribuição das RPV ser feita, obrigatoriamente, na forma de salário-mínimo não chegou a ser objeto de deliberação na ADI paradigma. Foi deliberado

---

<sup>62</sup> STF (Tribunal Pleno). Rcl 3014 SP. Relator: Min. Ayres Brito. Julgamento: 10 mar. 2010. Publicação: **Dje**, 21 maio 2010, ement. v. 02402-02, p. 00372.

apenas sobre a possibilidade de sua fixação em patamar inferior da ADCT. Com base nessa premissa, julgou-se que não havia identidade de objetos entre a decisão reclamada e a decisão dotada de efeitos vinculantes, pois a fundamentação da decisão reclamada “afirmava que deveria haver vinculação legislativa ao salário mínimo, questão não decidida no acórdão paradigma” (MAGALHÃES, 2015, p. 172). Reafirmou ainda o ministro que o reclamado afastou a lei municipal em razão da sua não vinculação ao fixar a RPV em salários mínimos e não por estar abaixo do “*quantum* constitucional” (MAGALHÃES, p. 172).

Em decisões recentes, o STF continua reafirmando que rechaça a tese da transcendência dos motivos determinantes, como se observa no Agravo Regimental na Reclamação (AgR Rcl) 37.173/GO<sup>63</sup>, que buscava, por meio de agravo, reformar decisão monocrática, mas foi negado o seguimento à reclamação. A reclamação foi interposta por Suprema Hospitalares Eireli, com pedido de tutela de urgência antecipada, contra o estado de Goiás, sob a alegação de que o Estado teria violado a autoridade da decisão proferida pelo STF no âmbito da ADI 5.464, cuja relatoria coube ao ministro Dias Toffoli. A reclamante aduziu que a cobrança de alíquota referente a operações interestaduais realizadas em 2018 e 2019 estaria suspensa por força da decisão proferida no citado processo paradigma, o qual deferiu a liminar para “suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS n.º 93/2015 editado pelo CONFAZ, até o julgamento final da ação”. A reclamante requereu que a cobrança fosse suspensa e que não constasse como devedora de um imposto cuja cobrança está suspensa. O ministro relator afirmou que a reclamação não guardava relação de aderência estrita com o objeto da ADI apontada como paradigma, pois naquela ação o ministro Dias Toffoli deferiu a medida cautelar para, *ad referendum* do Plenário, suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS n.º 93/2015 editado pelo Confaz, até o julgamento final da ação. Nas razões do agravo, a agravante buscou demonstrar a existência de aderência entre o presente caso e os paradigmas indicados, mas não logrou êxito em demonstrar a similitude entre o ato reclamado e o paradigma supostamente afrontado.

O ministro relator Edson Fachin reafirmou em seu voto que não cabe utilizar-se da via reclamatória para exigir respeito aos fundamentos determinantes externados em um julgamento; isso é inadmissível, disse ele, “pois este Supremo Tribunal não encampou a aplicação da teoria dos motivos determinantes”.

---

<sup>63</sup> STF (2. Turma). AgR Rcl 37173 GO. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 22 maio 2020. Publicação: **Dje** 137, 3 jun. 2020.

A reclamação, como visto, tem íntima relação com o efeito vinculante, porque é instituto previsto na CRFB e conta com hipóteses de cabimento específicas, traduzindo-se em remédio jurídico processual para situações jurídicas bem peculiares. Está prevista expressamente na CRFB/1988 “como medida de preservação da competência do tribunal e da autoridade de suas decisões nos arts. 102, I, ‘1’, quanto ao STF, e 105, I, ‘f’, quanto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ” (DIDIER; MACÊDO, 2015 p. 570). Há, ainda, previsão constitucional de cabimento da reclamação – no artigo 103-A da CFRB – para garantia da autoridade de súmula vinculante. Portanto, a CRFB permite o seu ajuizamento tanto nos casos em que se deixa de aplicar como nos casos em que se aplica equivocadamente a súmula vinculante (DIDIER; MACÊDO, 2015, p. 570).

A reclamação teve suas hipóteses de cabimento ampliadas e estendidas no CPC/2015, de modo a tornar a medida aplicável a todos os tribunais. Não obstante, a Lei n.º 13.256/2016 “alterou o dispositivo para limitar a reclamação contra decisões que aplicam mal precedentes em repetitivos ou em repercussão geral” (CÔRTEES, 2016, p. 258). O inciso IV do artigo 988, em sua redação atual, dispõe que ela é cabível, para garantir a observância de precedentes de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Portanto, foi limitada a utilização da reclamação nos “casos repetitivos apenas aos Tribunais de segundo grau (que julgam os incidentes de resolução de demandas repetitivas), excluindo-se os Tribunais Superiores (que julgam os recursos repetitivos)” (CÔRTEES, 2016, p. 258).

De maneira semelhante, o § 5.º, II, do artigo 988 é específico quanto à inadmissibilidade de reclamação “proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (CÔRTEES, 2016, p. 258). Essa parte final do dispositivo é utilizada para sustentar o manejo da reclamação após o esaurimento de todos os mecanismos disponíveis para a revisão da decisão no Tribunal inferior. Assim, “apenas em casos extremos, nos quais não se consiga resolver a questão da observância ao precedente firmado em repetitivo ou em repercussão geral no Tribunal inferior é que se pode abrir a via da reclamação” (CÔRTEES, 2016, p. 258).

Trata-se de controversa utilização da reclamação constitucional como meio de superação de precedentes. Controversa porque, embora parte da doutrina reconheça a impossibilidade de utilização da reclamação para fins de superação dos precedentes por falta

de previsão legal<sup>64</sup> e para fins diversos do que se pretende – instrumento para garantia e reforço da autoridade das decisões –, há autores que sustentam a possibilidade de seu manejo nos casos de inadmissão dos recursos especial e extraordinário e de improvimento do agravo interno<sup>65</sup>.

Observa-se que, mesmo ampliada a hipótese de cabimento da reclamação pelo CPC/2015, a sua utilização apenas é cabível após o exaurimento das vias ordinárias, mantendo o STF a negação da tese da transcendência dos motivos determinantes, o que leva à restrição do cabimento da reclamação às decisões reclamadas que guardem similitude fática com as decisões que têm efeitos vinculantes, resguardados outros meios processuais. E, embora algumas decisões se utilizem dos fundamentos determinantes para o acolhimento de reclamações, mesmo sem haver qualquer manifestação expressa a respeito do acolhimento da tese da transcendência, a regra ainda é a rejeição das vias reclamationárias que não observem estritamente o dispositivo das decisões de caráter vinculante.

É importante diferenciar decisões com efeito vinculante dos precedentes vinculantes porque os últimos vinculam por meio de seus fundamentos, o que, como apontado, é rechaçado pelo STF quando se trata do limite objetivo das decisões, ou seja, do efeito vinculante. Isso demonstra que a vinculação dos precedentes não deve confundir-se com a defesa da tese da transcendência dos motivos determinantes, porque “decisões com efeitos vinculantes não se confundem com precedentes vinculantes, porquanto o que caracteriza um precedente não é sua capacidade vinculatoria, mas a influência da força gravitacional dos fundamentos determinantes de decisões anteriores nas decisões judiciais posteriores” (MAGALHÃES, 2015, p. 169).

O objetivo é permitir que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, respeitadas as devidas diferenciações nas hipóteses de casos diferentes. Essas diferenciações devem pautar-se por critérios relevantes, de modo que tratar casos como iguais ou diferentes requer encontrar uma razão ou um princípio para o tratamento, pois não há justiça substancial em determinar, por exemplo, que todas as pessoas brancas devem ser tratadas da mesma forma porque são brancas. Determinar semelhanças entre os casos significa estabelecer um princípio

---

<sup>64</sup> Dierle Nunes e Marina Freitas (2017) são representantes dessa corrente, defendendo também o cabimento de novo recurso especial ou de novo recurso extraordinário contra a decisão de não provimento do agravo interno, como maneira de ter acesso ao tribunal superior e, sobretudo, de garantir aos jurisdicionados o direito de suscitar argumentos para a superação dos precedentes.

<sup>65</sup> A Lei n.º 13.256/2016 alterou a redação do CPC, retornando com o duplo juízo de admissibilidade, estabelecendo, também, que, contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial e extraordinário por contrariedade a precedente firmado em repercussão geral ou recursos repetitivos, o recurso cabível é o agravo interno ao próprio tribunal *a quo*. É o que dispõe o artigo 1030, I, alíneas a e b, combinado com o parágrafo 2.º do artigo 1030 do CPC/2015. Somado a isso, o artigo 1042, *caput*, do CPC/2015 previu que o agravo em recurso extraordinário (RE) ou em recurso especial (REsp), interposto contra a decisão do presidente ou vice-presidente que inadmitir RE ou REsp, não é cabível quando o fundamento da decisão for a aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

para guiar a posterior aplicação, de modo que, ao se decidir que qualquer pessoa que satisfaça um conceito particular de pobreza deve ter direitos especiais de assistência, então A e B, em casos diferentes, mas ambos se adequando ao conceito de pobreza, devem ter o direito ao mesmo tratamento (DUXBURY, 2008, p. 175).

Nesses casos, aplicar o mesmo princípio a diferentes pessoas e em diferentes casos não exige apenas que essas pessoas sejam aproximadamente iguais de acordo com o princípio aplicado; exige também que as suas características pessoais e outras circunstâncias sejam irrelevantes para a sua aplicação. Assim, os atos de identificar e de garantir o tratamento de casos semelhantes representam um verdadeiro exercício de gerenciamento de relevância que se distancia da aplicação de teses baseadas apenas no critério de autoridade das cortes superiores (DUXBURY, 2008, p. 175).

É, portanto, das razões dos precedentes que se extrai a *ratio decidendi*, a partir da qual se pretende garantir a igualdade de tratamento dos casos, premissa teórica fundamental dos ordenamentos jurídicos, de *civil law* ou de *common law*. No caso do sistema de precedentes, o efeito vinculante será revelado em um processo de argumentação do caso posterior, descobrindo-se “que é possível se pensar de forma igual o caso em discussão com o caso anterior” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 46).

A capacidade vinculatória dos precedentes não se restringe, assim, à observância do dispositivo das decisões, bem como não parece reduzir-se ao que seria, mesmo indiretamente, uma defesa da transcendência dos motivos determinantes. O que se deve observar é a força argumentativa presente nos princípios que subjazem a tais decisões e que estarão presentes na fundamentação dos julgados, o que torna a operação de extração da *ratio decidendi* muito complexa, visto que, mesmo em julgamentos unânimes, há grande dificuldade para se definir o(s) motivos(s) determinantes(s) que levou(levaram) a corte a determinada conclusão<sup>66</sup>.

Embora o STF não acolha a tese da transcendência, conforme se verificou em 2010 no julgamento da Rcl 3014/SP, observa-se que parte da doutrina processual defende a vinculação dos precedentes a partir da sua fundamentação, porém fazendo expressa referência ao disposto no artigo 102, § 2.º, da CRFB, o que permite entender que se trata da defesa da tese. Marinoni (2016b, p. 229) assevera que o efeito obrigatório dos precedentes obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta a “respeitar as decisões tomadas em ação direta pelo Supremo Tribunal Federal”. Segundo o autor, pensar em eficácia vinculante é

---

<sup>66</sup> Problema explorado no texto de Vojvodic, Machado e Cardoso (2009), que será detidamente analisado no capítulo 5 deste trabalho.

pensar na estabilidade dos fundamentos determinantes da decisão, sendo aquela destinada a conferir segurança jurídica aos jurisdicionados por meio da tutela da estabilidade da ordem jurídica, da previsibilidade e da igualdade (MARINONI, 2016b, p. 226).

A eficácia obrigatória dos precedentes é a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*, de modo que “só há sentido em falar da em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*” (MARINONI, 2016b, p. 227). A eficácia vinculante está presente, inclusive, nas decisões que concedem “medida liminar” em ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, pois, ainda que provisória, “a *ratio decidendi* tem força obrigatória ou eficácia vinculante em relação aos demais órgãos judiciais e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (MARINONI, 2016b, p. 229). Marinoni (2016b, p. 231) cita como exemplo a Rcl 1987 do STF, na qual o relator Maurício Corrêa “deixou claro o cabimento de reclamação para ressuscitar a autoridade dos fundamentos determinantes de decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade”.

Essa reclamação foi julgada em 2003, período (2003-2009) em que as várias decisões do STF, monocráticas ou acórdãos, ora aceitavam, ora rejeitavam a tese da transcendência, dado que não havia na época manifestação definitiva da Corte sobre o tema. Apenas em 2010, o plenário entendeu inaplicável, formalmente, a tese, levando a Corte a não reconhecer “na grande maioria dos casos, ao menos de um ponto vista formal e explícito, qualquer validade à tese da transcendência dos motivos determinantes” (MAGALHÃES, 2015, p. 171-172).

A despeito do formal afastamento da tese da transcendência dos motivos determinantes pelo STF, outros autores da doutrina processual, ao tratarem dos elementos vinculantes de um precedente no sistema do processo jurisdicional brasileiro, são claros ao afirmar que apenas os motivos determinantes que estão na fundamentação dos julgados são capazes de vincular os demais juízes e tribunais. Isso porque o dispositivo do julgado “se aplica, tão somente, ao que por aquele pronunciamento é julgado” (CÂMARA, 2018, p. 268). Porém, quando se trata de uma decisão judicial como um precedente, “pouco importa saber quem saiu vencedor ou vencido no processo em que aquele precedente foi construído. O que importa é saber os fundamentos que determinam a conclusão a que ali se chegou” (CÂMARA, 2018, p. 268).

Por outro lado, há os que propõem uma simplificação da diferença entre efeito vinculante e os precedentes vinculantes, afirmando que “basta compreender precedente vinculante como aquele que subordina somente os órgãos judiciais, tendo eficácia apenas interna, e não outro Poder, como ocorre com o referido efeito vinculante” (CRAMER, 2016, p. 116). Porém, observa-se que Cramer admite que a vinculação dos precedentes pode ter

gradação, de modo que o precedente pode vincular o Judiciário e a Administração Pública direta ou indireta, apenas determinados órgãos judiciais ou apenas os órgãos do tribunal que criou o precedente. Nesses casos, “o primeiro exemplo de precedente, que adstringe o Judiciário e a Administração Pública, tem força muito maior do que o precedente citado por último, que vincula apenas os órgãos internos do Tribunal” (CRAMER, 2016, p. 117).

Portanto, parte da doutrina processual está afinada com a identificação da *ratio decidendi* na fundamentação dos julgados. Não obstante, o que se aponta como ponto crítico de tais manifestações é a constante remissão da “capacidade vinculante” de um precedente ao efeito vinculante disposto pela CRFB em seu artigo 102, § 2.º, de modo a defender, mesmo que implicitamente, a tese da transcendência dos motivos determinantes.

Essa afirmação é perceptível nos enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Assim, o Enunciado 168 diz: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Como explicam Alexandre Melo Bahia e Diogo Bacha e Silva (2017), esse enunciado repristina a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que encontra acirrada oposição no STF. Ainda segundo os autores, tal teoria vai de encontro ao Estado Democrático de Direito e ao modelo constitucional de processo, pois a ideia de transcender a fundamentação dos julgados para casos futuros, mesmo análogos, não explica como ocorrerá a aplicação da *ratio*, caso seja encontrada, aos casos posteriores. É necessário, portanto, segundo eles, uma teoria normativa dos precedentes que seja capaz de conciliar a justificação e a aplicação dos precedentes (BAHIA; SILVA, 2017, p. 42-45).

A defesa da tese da transcendência não parece, portanto, capaz de garantir a aplicação dos precedentes pelos demais juízes e tribunais, sobretudo quando se visa concretizar esse objetivo por meio da utilização da reclamação, tampouco se alinha a um necessário modelo de processo constitucional democrático.

Pode-se compreender, a partir da diferenciação entre os efeitos vinculantes das decisões e os precedentes vinculantes, que os últimos, quando provenientes de ações constitucionais, cujas decisões produzem efeito vinculante nos termos do artigo 102, § 2.º, da CRFB, são aplicados e possuem força normativa independentemente do efeito vinculante, pois, como visto, o plenário do STF tem asseverado, de maneira reiterada, que “as reclamações constitucionais não são o meio procedimental mais adequado para a interpretação dos precedentes ou de declarações incidentais de (in)constitucionalidade” (MAGALHÃES, 2015, p. 185). Isso,

porém, não obsta a que o STF reconheça a força vinculante dos fundamentos em outras vias processuais (MAGALHÃES, 2015, p. 185). Importa notar, também, que as decisões dotadas de efeito vinculante têm força argumentativa fundamental na decisão de casos posteriores em que possam ser utilizadas como precedentes, de modo que a “fundamentação (razão de decidir) exerceu papel determinante no julgamento dos recursos extraordinários, Agravos de Instrumento e ADIns subsequentes de temáticas semelhantes” (MAGALHÃES, 2015, p. 185-186).

Todavia, embora não haja segurança para afirmar que o efeito vinculante tenha imposto uma força argumentativa aos fundamentos da decisão, sabe-se que aquele não foi suficiente para que os casos posteriores fossem julgados de acordo com a decisão vinculante paradigma quando utilizada a reclamação (MAGALHÃES, 2015, p. 186).

Não parece, portanto, ser suficiente defender a tese da transcendência para sustentar a vinculatidade dos precedentes, quando a *ratio decidendi* extraída de um julgado pode vincular os demais juízes e tribunais, não como uma decorrência da força vinculante dos julgados, mas pela capacidade argumentativa e pela força gravitacional dos princípios subjacentes à decisão, que são capazes de restringir o campo decisório dos demais julgadores. A via reclamationária, por sua vez, não parece ser o meio cabível para sustentar a força vinculante dos precedentes por meio de sua fundamentação, sobretudo diante da vedação à utilização dessa via antes de esgotados os demais recursos cabíveis.

A diferença entre o efeito vinculante e os precedentes vinculantes decorre do fato de o efeito vinculante ser uma característica processual das decisões que garante, a partir do dispositivo das decisões, a sua vinculatidade, conforme posição atual e majoritária do STF. Os demais juízes e tribunais devem seguir a tese que foi julgada como resultado de determinada ação constitucional.

No caso dos precedentes judiciais, a sua vinculatidade resulta não da observância do dispositivo, mas da fundamentação do julgado, que consubstancia princípios que podem ser aplicados a casos posteriores a partir da ideia de igualdade, desde que resultantes de um processo argumentativo. Não se entende, portanto, que a definição de uma tese seja capaz de garantir a vinculatidade obrigatória de um precedente do STF, sob pena de se confundir o efeito vinculante com a vinculatidade dos precedentes judiciais, pois, no caso desses últimos, existem outros critérios a serem analisados, e a vinculação pode ser gradual e não obrigatória como defendido por parte da doutrina processual.

### 4.3 Vinculação obrigatória dos precedentes

Feitas as considerações sobre os precedentes vinculantes no CPC/2015 e demonstrados os diversos posicionamentos da doutrina sobre a vinculatividade desse sistema, buscou-se também distinguir o efeito vinculante das decisões, conforme disposto no artigo 102, § 2.º, da CRFB, do efeito vinculante dos precedentes. Analisa-se, nesta seção, se a proposição feita pela doutrina processual acerca da vinculação dos precedentes, segundo um critério formal imposto pelo CPC/2015, ocorre de forma obrigatória, ou seja, se os provimentos listados no artigo 927 vincularão os tomadores de decisão pela imposição do efeito vinculante pelo Código ou se essa vinculação é gradual, admitindo graus de vinculação com base em outros critérios que não exclusivamente o aspecto formal ou a autoridade institucional das cortes.

Assim, a vinculação obrigatória propõe a vinculação de todas as decisões listadas no artigo 927 do CPC, sendo esse rol apenas exemplificativo, pois decisões em controle difuso também vinculariam, dada a atribuição do STF e do STJ de outorgar a unidade ao direito constitucional e infraconstitucional (MARINONI, 2016b, p. 288). Nessa afirmação, pode-se observar tanto a valorização do Supremo Tribunal como corte suprema, responsável por uma interpretação unitária do direito capaz de guiar os futuros entendimentos, quanto a valorização da autoridade institucional dos precedentes dessas cortes como principal fator (talvez único) de justificação desses precedentes para posterior aplicação pelos demais juízes e tribunais.

É importante apontar inicialmente a diferença entre o modelo de *judicial review* e o de controle de constitucionalidade das leis. No caso do primeiro – o sistema norte-americano é o principal exemplo –, trata-se de um modelo difuso, “uma vez que todos os juízes que integram o Poder Judiciário têm capacidade para revisar a constitucionalidade das leis no julgamento de casos judiciais concretos” (ARANTES, 2013, p. 199). A análise das leis ocorre no caso concreto, tendo eficácia apenas entre as partes que figuram no processo. A Suprema Corte não pode ser acionada de maneira direta, no caso de conflito entre as leis e a Constituição, o ingresso dá-se apenas pela via dos recursos oriundos das instâncias inferiores. No modelo norte-americano, o temor da “tirania da maioria” influenciou o desenvolvimento desse modelo de revisão. De fato, a “Suprema Corte americana só se destaca como guardiã da Constituição graças à força vinculante de sua jurisprudência e ao caráter terminativo prático de suas decisões” (ARANTES, 2013, p. 199).

No caso do modelo europeu, o temor foi do “governo dos juízes”. Por isso, o Judiciário não assumiu o papel de *judicial review*, criando um sistema capaz de controlar a

constitucionalidade das leis e não apenas de revisá-las judicialmente com decisões em casos individuais (ARANTES, 2013, p. 199).

No Brasil, em razão da adoção de um sistema híbrido, legado da Constituição republicana, o STF assume uma “quase” função de corte constitucional, porque o sistema não é apenas difuso como o norte-americano, assim como também não é apenas concentrado como o europeu. Com efeito, o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, o que torna o modelo brasileiro bastante singular no quadro de uma política comparada (ARANTES, 2013, p. 200).

Nesse sentido, a obrigatoriedade de vinculação aos precedentes do STF não deve restringir-se apenas às decisões resultantes do controle concentrado de constitucionalidade, deve também abranger as decisões oriundas do controle difuso, em razão da necessidade de coerência do ordenamento jurídico. De fato, a capacidade que os juízes têm de controlar a constitucionalidade das leis mediante o poder-dever de argumentar e de convencer a sociedade sobre uma divergência entre uma decisão do legislador e um direito fundamental não pode legitimar a existência de concepções antagônicas e divergentes acerca de um direito fundamental, sobretudo quando o seu significado já foi definido pelo STF. Esse problema, observado nos países que adotam o modelo difuso, necessita, segundo Marinoni (2016b, p. 123-126), ser superado pela obrigatoriedade da observância dos precedentes da Corte Suprema, não importando se em controle concentrado ou difuso.

Reforça esse argumento de obrigatoriedade das decisões a necessidade de preservação e de obediência à hierarquia, pois a Corte Suprema está no topo da organização sistêmica do Poder Judiciário, incumbindo-lhe a profunda responsabilidade de “definir a devida interpretação da lei federal e da Constituição. Portanto, suas decisões devem ser respeitadas pelos demais tribunais e juízes” (MARINONI, 2016b, p. 127).

A defesa dos precedentes obrigatórios no controle difuso passa ainda pela tese da objetivação do recurso extraordinário, ou seja, pela atribuição de efeito vinculante às decisões em sede de controle difuso, dada a identidade entre os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concentrado e difuso, “não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas em recurso extraordinário em face das decisões proferidas no controle concentrado” (MARINONI, 2016b, p. 64). O caráter objetivo do recurso extraordinário tende a garantir que o efeito das decisões não mais se restrinja ao caso concreto que está em julgamento, mas assuma papel de controle da ordem constitucional objetiva (ARAÚJO, 2008, p. 345).

Registra-se, ainda, que a eficácia vinculante derivada dos julgados em sede de controle difuso “funda-se unicamente na força peculiar dessas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça” (MARINONI, 2016b, p. 66). Não haveria, assim, necessidade de comunicação alguma ao Senado, conforme dispõe o artigo 52, X, da CRFB de 1988, pois lhe caberia apenas suspender ou não a execução do ato normativo, o que nada interfere na eficácia vinculante das decisões (MARINONI, 2016b, p. 66). Mas, diante disso, ainda cabe questionar a existência das súmulas vinculantes, dada a necessidade de esclarecer um procedimento específico para a criação das súmulas “diante da eficácia, de igual teor, dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso” (MARINONI, 2016b, p. 66). Nesse caso, Marinoni (2016b) esclarece que a função das súmulas seria esclarecer a *ratio decidendi* quando houvesse dúvida ou dificuldade na identificação do que efetivamente foi proclamado pela Corte para a solução da questão constitucional. Mais ainda: a súmula individualizaria a *ratio decidendi* “até então obscura e indecifrável” (MARINONI, 2016b, p. 66).

Feitas essas considerações, verifica-se que parece estar presente, mais uma vez, a utilização do efeito vinculante das decisões, em sede de controle direto ou difuso, para justificar a vinculação obrigatória dos precedentes. Conforme apontado no tópico anterior, o efeito vinculante dos precedentes parece não se confundir com o efeito vinculante das decisões, seja nas hipóteses de controle concentrado, seja nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade.

Soma-se a isso o fato de a autoridade da Corte Suprema ser o único fator que justifica o efeito vinculante das decisões, mas não é o único critério para fixar o efeito vinculante dos precedentes. Pelo contrário, é preciso entender que um sistema de precedentes não justifica sua aplicação apenas na autoridade de quem proferiu a decisão (BUSTAMANTE, 2012, p. 254).

No que toca à objetivação do recurso extraordinário como fundamento para a vinculatividade, não se pode afirmar que teria havido uma mutação informal da Constituição a ponto de transformar a intervenção do Senado em mero publicador da decisão do STF, que, por si só, já estaria apta a ter eficácia vinculante e efeito *erga omnes*. A objetivação do recurso extraordinário não conduziria, necessariamente, a uma vinculação “forte”<sup>67</sup> das decisões (TALAMINI, 2011, p. 148).

---

<sup>67</sup> Para Talamini (2011, p. 144), a força vinculante “forte” das decisões é a própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste pelos demais órgãos e operadores do direito, em todos os casos em que se impuser a mesma questão jurídica. Isso diferencia as duas outras classificações que o autor faz, que são: mera persuasão, quando a decisão funciona como mero argumento de autoridade; regras de dispensa, quando existe

De maneira semelhante, afirmar que as súmulas vinculantes estariam voltadas para o esclarecimento da *ratio decidendi* quando permanecesse “obscura e indecifrável” nos julgados, seria partir de uma premissa inconstitucional, pois não se concebem decisões oriundas do controle incidental direto que não apresentem motivação compreensível. Essa hipótese pode concretamente ocorrer, mas essas decisões seriam nulas. As súmulas vinculantes foram concebidas não para esse fim (TALAMINI, 2011, p. 161), mas para compilar vários julgamentos que resguardem os mesmos fundamentos, embora em alguns casos o enunciado da súmula divirja do conteúdo dos julgamentos apontados como suficientes para sua criação.

Observadas as razões e contrarrazões da vinculação dos precedentes no controle difuso de constitucionalidade, importa lembrar que, no caso do controle concentrado, a justificativa para sua obrigatoriedade recai sobre a disposição formal e, portanto, segue o rol do artigo 927 do CPC. Respeitadas as hipóteses de distinção e de superação, o precedente vinculante “constitui aquele que vincula os julgamentos futuros, não dando alternativa ao julgador senão aplicá-lo” (CRAMER, 2016, p. 116).

A proposta de vinculação obrigatória dos precedentes vale-se de fundamentos de vinculação das decisões judiciais em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, o que dificulta a sua adoção para os casos dos precedentes judiciais. É certo que os precedentes resultam de decisões, mas utilizar a vinculação das decisões aos precedentes parece afastar os objetivos de coerência decisória, uniformidade, integridade e segurança jurídica. Isso porque o efeito vinculante das decisões, mais uma vez, não se confunde com a força vinculante dos precedentes judiciais.

#### **4.4 Vinculação gradual**

Ainda no tocante às discussões sobre a vinculatividade dos precedentes, cabe examinar a proposição de uma gradualidade das vinculações dos precedentes do STF. O critério formal, ou seja, a expressa disposição legal acerca da observância dos precedentes, embora importante para a caracterização da vinculatividade dos precedentes, não é o único fator responsável por garantir a aplicação dessas decisões nos casos posteriores. De maneira semelhante, a autoridade institucional das Corte também não parece ser suficiente para justificar a aplicação desses precedentes.

---

orientação jurisprudencial consolidada e a lei autoriza os órgãos judiciais ou a Administração Pública a adotarem providências de simplificação do procedimento e a consequente abreviação da duração do processo.

A força obrigatória dos precedentes, que se fundamenta, substancialmente, na autoridade das cortes, parece desconsiderar outra série de fatores indispensáveis quando se avalia a vinculação dos precedentes à luz dos seus fundamentos determinantes. Analisar uma abordagem gradual de vinculação é essencial para afastar, também, a identificação de critérios de vinculação de decisões em sede de controle concentrado e difuso com a vinculação de precedentes judiciais.

Desse modo, há aqueles que avaliam que a vinculatividade dos precedentes não é obrigatória, no sentido exposto por Marinoni (2016b), admitindo “variada gradação de sua força normativa, que independe das circunstâncias relativas à imposição de uma vinculação formal legal ou constitucional”, dizem Magalhães e Silva (2012, p. 78). Apontando as conclusões de um estudo comparado realizado por MacCormick e Summers, os autores afirmam que, mesmo em países onde a vinculação dos precedentes tem alguma determinação formal, não há uma vinculação absoluta. Propõem, assim, a superação da ideia caricatural que considera a tradição da *common law* como totalmente escravizada por meio do princípio do *stare decisis* às decisões do passado e que, de maneira semelhante, enxerga as tradições da *civil law* como livre dos grilhões dos precedentes. A força dos precedentes não seria caracterizada por uma separação estanque entre vinculação absoluta e ausência de vinculação, mas seria mais bem entendida por um *continuum* (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 79).

Pode-se dizer, seguindo esse argumento, que a força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito, representando essas últimas as normas positivas que dispõem acerca da força dos precedentes e a obrigação de observar os precedentes, o que decorre da própria estrutura escalonada do sistema jurídico, especialmente dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e de solução de divergência jurisprudencial institucionalizados em cada sistema jurídico. No tocante às razões morais, cita-se o princípio da universalizabilidade, inspirado na filosofia kantiana, que revela a necessidade de se extrair do julgado o maior número possível de enunciados gerais universais que podem servir como paradigma para resolver casos futuros (BUSTAMANTE, 2012, p. 271-298).

Não há, portanto, apenas um critério para justificar a aplicação dos precedentes, como ocorre com a defesa da vinculatividade pelo critério de autoridade institucional ou pela disposição formal de observar precedentes, porque o precedente não impedirá o juízo interpretativo em um caso posterior, mas apenas restringirá a análise do juiz ao analisar o caso presente quando existir posicionamento já definido pela Corte Suprema.

Isso é importante para que se entenda que o valor da doutrina dos precedentes está não em sua capacidade de comprometer os juízes em um determinado curso de ações, mas na sua capacidade de, simultaneamente, criar restrições e permitir um certo grau de discricção nos julgamentos. Na *common law*, não existe uma presunção incontestável, existe, sim, uma forte presunção de que decisões anteriores sejam seguidas, o que exige que os eventos passados sejam respeitados como orientados para uma ação atual (DUXBURY, 2008, p. 183). Embora se busque construir uma doutrina dos precedentes judiciais adaptada ao direito brasileiro, deve-se considerar que a fixação da *ratio decidendi* não é tarefa que objetiva a simplificação do sistema a partir da seleção dessas teses; trata-se antes do compromisso com a busca de definição das razões e dos princípios que podem tornar-se generalizáveis a partir daquele único julgado. As razões para seguir os precedentes vão além do critério institucional ou de autoridade.

A diminuição da discricionariedade judicial por meio do respeito aos precedentes depende também da uniformidade do entendimento das questões pelas cortes, pois, como aponta Neil Duxbury (2008, p. 11), um julgador pode decidir com ampla discricionariedade onde não há precedentes, “com discricionariedade restrita onde exista um precedente claro ou uma linha de precedente, mas novamente com ampla discricção se houver uma série de precedentes apontando para conclusões diferentes”.

Nesse sentido, outros critérios, além da vinculação formal e da autoridade institucional, devem ser observados para verificar o grau de vinculação dos precedentes, como serão demonstrados no capítulo 5 do trabalho. Adaptando-se o estudo comparado de MacCormick e Summers à realidade brasileira, algumas decisões foram avaliadas com o objetivo de entender como a vinculação aos precedentes ocorria em casos específicos. No estudo comparado, pode-se observar que a diferença normativa existente entre os dois sistemas, *civil law* e *common law*, era mais quantitativa do que qualitativa, pois em ambos há força normativa, “variando apenas o grau e a maneira de vinculação por eles estabelecida (formal ou material), pois mesmo nos casos de precedentes considerados persuasivos, observa-se alguma força normativa ou grau de vinculação” (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 78-79).

Nas decisões do STF utilizadas para demonstrar a validade da aplicação do estudo comparativo estrangeiro ao Brasil, verificou-se que “a força de vinculação dos precedentes independe da classificação em grupos dentro de uma linha reta” (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 78). Logo, em uma linha na qual os precedentes pudessem ser organizados em dois extremos com precedentes em um ponto “a” e no outro extremo “b” precedentes não vinculantes, o ponto “a” representaria as decisões formalmente vinculantes, ou seja, aquelas

cujo efeito vinculante é impelido pela CRFB (ADI, ADC e súmulas vinculantes) e o ponto “b” representaria as decisões não formalmente vinculantes (RE, HC, ADPF). Todavia, o estudo das decisões e, portanto, dos precedentes resultantes desses julgados concluiu que, apesar de formalmente vinculantes, os precedentes possuíam uma força vinculante considerada fraca ou média nesse *continuum* (em um *continuum* e não em uma linha reta, dada a incapacidade de considerar a variedade de força dos precedentes analisados), enquanto os precedentes oriundos de decisões desprovidas de vinculação formal apresentavam um forte grau de vinculação (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 94).

As decisões com efeito vinculante não necessariamente geram precedentes vinculantes, porque outros critérios devem ser observados para o entendimento do seu grau de vinculação, assim como não deve haver a transposição dos critérios utilizados para a caracterização do efeito vinculante das decisões para os precedentes judiciais, pois fatores como correção da interpretação, alcance das suas justificativas, proteção aos direitos fundamentais, (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 95) são fundamentais para o entendimento da sua vinculação.

Além da abordagem desses critérios que buscam esclarecer o grau de vinculação dos precedentes de modo a reavaliar a proposição da vinculação obrigatória a partir, apenas, do critério de autoridade das cortes e da vinculação formal, Alexandre Freitas Câmara (2017) observa que o contraditório é fundamental para caracterizar a eficácia vinculante de alguns “padrões decisórios”, somando a isso a necessidade de uma deliberação qualificada dos órgãos jurisdicionais. O autor esclarece que a diferença entre os precedentes (ou enunciados de súmulas) dotados de eficácia vinculante e precedentes (ou enunciados de súmulas) dotados de eficácia meramente argumentativa reside na amplitude do contraditório, “capaz de assegurar uma participação qualificada na sua formação” (CÂMARA, 2018, p. 183). O autor, porém, não desconsidera o fato de que a eficácia vinculante dos padrões decisórios listados pelo artigo 927 do CPC/2015 decorre de expressa imputação legal, mas “há um contraditório ampliado que legitima, do ponto de vista constitucional, a eficácia vinculante que lhes é atribuída” (CÂMARA, 2018, p. 184).

Como todo precedente é uma decisão judicial, a sua formação deve adequar-se ao modelo de processo constitucional democrático, observando-se o contraditório como uma garantia de democratização da formação da decisão (CÂMARA, 2018, p. 184).

Portanto, como demonstrado, existem outros critérios para garantir a vinculação dos demais juízes e tribunais às decisões da Corte Suprema, de maneira que a efetiva participação

para uma decisão justa pode caracterizar uma maior vinculação. Não obstante, é necessário que essa participação não se reduza a um aspecto formal do procedimento, mas que possa influenciar o resultado decisório.

## **5 O QUE SÃO PRECEDENTES VINCULANTES?**

Não se responderá à pergunta deste trabalho apenas neste último capítulo. É importante recordar o percurso feito para que se possa compreender o que são os precedentes vinculantes no CPC de 2015.

Primeiramente, propôs-se uma definição de precedentes, apresentando-os como regras, analogias e princípios, utilizando-se, para fins deste estudo, a última concepção, cujo referencial é Ronald Dworkin. Entende-se que o conceito de precedentes como princípios permite afastar a ideia da sua vinculação apenas pelo critério de autoridade institucional, ou seja, apenas levando em conta quem emitiu a decisão, no caso brasileiro, o STF. Isso porque, junto com a definição de precedentes como princípios, há a definição de sua vinculação a partir da força gravitacional. Essa força é explicada pela equidade e não por qualquer outra teoria que considere que a plena força do precedente está em sua promulgação, como ocorre com uma peça de legislação.

Desse modo, demonstrou-se como a doutrina processual compreende, de maneira bastante diversa, os precedentes judiciais. Porém, um ponto comum é identificado entre as proposições teóricas que defendem a vinculação obrigatória dos precedentes: a sua vinculação baseada no critério formal, ou seja, na disposição das decisões no CPC/2015. Essa vinculação formal seria, segundo parte da doutrina processual, capaz de garantir que os precedentes serão obrigatórios para todos os demais juízes e tribunais e, inclusive, a sociedade civil, que também deve ter conhecimento do que tem sido decidido no âmbito dos tribunais superiores, especialmente do STF. Propõe-se, inclusive, a reestruturação do Poder Judiciário a fim de defender a vinculação obrigatória dos precedentes segundo esse critério formal.

Utiliza-se, como contraponto, a ideia de vinculação gradual, segunda a qual a força vinculante do precedente não depende apenas do critério formal de disposição no Código, sendo necessário analisar outras condicionantes. Soma-se a isso a proposição de força gravitacional para os precedentes, que indica, como dito, que a vinculação não se justifica por nenhuma teoria em que a plena força do precedente está não em sua força de promulgação, mas na equidade, que consiste em tratar casos semelhantes do mesmo modo (DWORKIN, 2020, p. 176). Como

o objetivo do trabalho é analisar os precedentes na realidade brasileira, importa analisar a realidade decisória do STF, para investigar de que maneira o modelo deliberativo da Corte influencia a formação dos precedentes e, assim, o grau de sua vinculação.

### **5.1 O critério formal de vinculação é (in)suficiente?**

Ficou demonstrado no capítulo anterior como a dogmática processual brasileira compreende a vinculação dos precedentes no CPC de 2015. O critério formal de vinculação é o ponto fundamental e comum dos argumentos que defendem a obrigatoriedade dessa vinculação dos precedentes constitucionais. Há, porém, um critério pouco explícito nessa defesa: o que fundamenta a aplicação obrigatória dos precedentes a partir da sua disposição formal no CPC é a autoridade institucional.

Para fins de conceituação, entende-se autoridade institucional como a autoridade dos juízes e tribunais, “mais preocupada com o *resultado do julgamento* do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores” (RODRIGUEZ, 2013, p. 15, grifo do autor).

Embora pouco explícito, é esse o fio condutor dos argumentos sobre os precedentes obrigatórios, sobretudo aquelas já citadas no capítulo anterior. Por isso, pretende-se, neste ponto, demonstrar como se desenvolve esse critério de autoridade, que é o fundamento da vinculação formal dos precedentes, e, em um corte ainda mais profundo, como se pode chegar a uma defesa (mesmo que inconsciente por parte dos doutrinadores) do realismo, ou melhor, do empirismo jurídico.

Nesse sentido, adianta-se, em resposta à pergunta que guia este capítulo, que o critério formal é insuficiente para explicar a vinculação dos precedentes constitucionais e explica-se por quê.

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

Como saída para esse problema, o CPC/2015, em seu artigo 926, impôs aos tribunais o dever de manter a sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. Resguardadas as diferenças temporais, os tribunais devem rechaçar o fato de um mesmo tribunal ou até tribunais

diferentes sustentarem, ao mesmo tempo, posições distintas sobre uma mesma questão jurídica, devendo estar atentos aos casos de dissidência interna (MACÊDO, 2015, p. 475).

O que se propõe nesse caso é que as Cortes de Precedentes (ou Cortes Supremas) sejam responsáveis pela interpretação prospectiva a fim de obter a unidade do direito mediante a formação de precedentes. Essas Cortes devem atuar a fim de guiar as futuras decisões dos tribunais e juízes a elas vinculados e orientar a Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. O seu papel é atuar de forma prospectiva, outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação (MITIDIERO, 2016, p. 91).

A reestruturação do Judiciário com as Cortes de Precedentes seria uma leitura possível a partir do CPC/2105, pois daria ao STF e ao STJ a possibilidade de analisar a questão recursal mesmo que tenha havido desistência recursal (art. 998, parágrafo único) e de conhecer de recursos desconsiderando vícios formais (art. 1029, § 3.º), ao permitir o amplo debate (art. 1038) e ao vincular os órgãos jurisdicionais horizontal e verticalmente às razões dos julgados (art. 927, art. 1039 e art. 1040) (MITIDIERO, 2016, p. 92).

Esse panorama revelaria que a autoridade do precedente seria a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta. Assim, o fator institucional ou de autoridade seria o que o caracterizaria, independentemente do conteúdo da decisão, sendo fonte primária do direito, cuja eficácia vinculante decorreria também da força institucionalizante da interpretação jurisdicional (MITIDIERO, 2016, p. 95-96).

Contudo, o critério de autoridade não parece ser o único fundamento para a aplicação dos precedentes, sob pena de haver um descompromisso com a formação qualitativa das decisões no que diz respeito à robustez de seus argumentos, já que, segundo os autores, todas as decisões dos Tribunais Superiores teriam força de um precedente obrigatório (MARINONI, 2016b, p. 288), o qual deveria apenas ser seguido pelos demais juízes e tribunais, independentemente das razões que o fundamentam. Pelo contrário, é preciso entender que um sistema de precedentes não justifica sua aplicação apenas na autoridade de quem proferiu a decisão (BUSTAMANTE, 2012, p. 254).

É preciso considerar, ainda, que a celeridade e a resolução de demandas em massa parecem ser o pano de fundo dos argumentos que delegam às cortes superiores toda a tarefa da unidade interpretativa do direito<sup>68</sup>, pois a aplicação mecânica das teses firmadas pelos tribunais

---

<sup>68</sup> Segundo Bruna Braga da Silveira (2021, p. 151), “os institutos de julgamento de casos repetitivos fazem parte de um microsistema que possui essencialmente duas funções, uma ligada à gestão de processos repetitivos e outra à formação de ‘precedentes obrigatórios’”. Pensando de maneira diversa, Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pereira Pessoa (2018, p. 188) aduzem que “a técnica do precedente não tem como objeto de preocupação a redução de processos idênticos na estrutura da administração da justiça civil, de modo a emprestar eficiência no

superiores resultaria em uma simplificação no sistema de decisões, de modo que a atuação dos demais juízes e tribunais ficaria mais eficaz no julgamento das demandas repetitivas (SOARES; VIANA, 2014, p. 16).

Não obstante as críticas à aplicação mecânica das teses firmadas, é inegável que as decisões sobre casos atuais devem pautar-se por precedentes já firmados, utilizando-os para fundamentar os julgamentos, seja para afirmar sua aplicação, seja para afastá-los do caso analisado, sendo necessário um diálogo com o que foi construído anteriormente, respeitando-se o dever de autorreferência (MACÊDO, 2015, p. 475). A autorreferência é essencial para uma adequada decisão, pois possibilita que a fundamentação não se limite a apontar os casos já julgados que corroboram o entendimento do julgador, mas indique também aqueles que são contrários e, portanto, evidencie as diferenças relevantes para não se aplicar o precedente. Desse modo, resguarda-se a integridade do ordenamento jurídico e atenta-se ao que foi decidido anteriormente, seja para mantê-lo, seja para superá-lo (MACÊDO, 2015, p. 475).

Deve-se considerar, também, a unidade do Judiciário, de modo que os precedentes devem ser respeitados tanto em uma perspectiva interna, ou seja, do próprio tribunal, quanto externa, se advindos de outro órgão julgador, resguardando-se o dever de coerência; havendo necessidade, as mudanças devem ser substancialmente justificadas (MACÊDO, 2015, p. 477).

Importa esclarecer, assim, que os deveres expressamente dispostos no artigo 926 do CPC/2015 têm como fundamento assegurar maior segurança jurídica e racionalidade ao modelo decisório brasileiro a partir da garantia de que casos semelhantes serão tratados de maneira semelhante, sendo os precedentes o ponto de partida e não um ponto de chegada interpretativo. Nesse aspecto, a aplicação dos precedentes necessita ser feita de forma cuidadosa, sob pena de se obter um efeito contrário à proteção dos jurisdicionados. Frisa-se isso porque o sistema de precedentes no CPC/2015 não conduz a uma simplificação do sistema jurídico com a aplicação de teses (VIANA; NUNES, 2018).

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

---

gerenciamento de litígios repetitivos. Claro que este efeito pode e deve ser alcançado com o uso da técnica do precedente, mas como consequência deste sistema e não como causa que o fundamenta. A justificação do precedente, como tantas vezes já dito, está em oferecer racionalidade à atividade decisória e, por conseguinte, legitimidade ao Poder Judiciário no desempenho da jurisdição, que neste cenário assume natureza criativa e responsiva. Ou seja, não é importante o caráter repetitivo da demanda; basta um único caso para o uso do precedente, ainda que sua chance de universalização seja mínima. Isso porque o que se espera dessa técnica é a garantia de correção formal por meio da justificação racional da decisão, que possibilita um desenvolvimento coerente e igualitário do Direito”.

mesma forma, em razão do dever específico da autorreferência, não deve o julgador desconsiderar os julgados contrários à sua fundamentação, sendo necessária a sua citação e, assim, uma argumentação que vise afastar esse precedente (MACÊDO, 2015, p. 466).

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

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

Essas diferenciações devem pautar-se por critérios relevantes, de modo que tratar casos como iguais ou diferentes requer encontrar uma razão ou um princípio para o tratamento, pois não há justiça substancial em determinar, por exemplo, que todas as pessoas brancas devem ser tratadas da mesma forma porque são brancas. Determinar semelhanças entre os casos significa estabelecer um princípio para guiar a sua aplicação, de modo que, ao se decidir que qualquer pessoa que satisfaça a um conceito particular de pobreza deve ter direitos especiais de assistência, então A e B, em casos diferentes, mas ambos se adequando ao conceito de pobreza, devem ter o direito ao mesmo tratamento (DUXBURY, 2008, p. 175).

Nesses casos, aplicar o mesmo princípio a diferentes pessoas e em diferentes casos não exige apenas que essas pessoas sejam aproximadamente iguais de acordo com o princípio aplicado; exige também que as suas características pessoais e outras circunstâncias sejam irrelevantes para a sua aplicação. Assim, os atos de identificar e de garantir o tratamento de casos semelhantes representam um verdadeiro exercício de gerenciamento de relevância que se distancia da aplicação de teses baseadas apenas no critério de autoridade das cortes superiores (DUXBURY, 2008, p. 175).

Não se trata, portanto, de uma simplificação do sistema a partir da seleção dessas teses; trata-se antes do compromisso com a busca de definição das razões e dos princípios que podem tornar-se generalizáveis a partir daquele único julgado<sup>69</sup>. As razões para seguir os precedentes vão além do critério institucional ou de autoridade. Garantir um sistema de precedentes judiciais

---

<sup>69</sup> Em qualquer sistema jurídico, o precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros se for possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos *semper* que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 113).

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

Seguindo nessa análise, podemos afirmar que, embora o critério de autoridade da Corte que prolatou a decisão seja fundamental na determinação da vinculação do precedente, ele não deve ser o único usado, sob pena de não se considerarem outros critérios materiais indispensáveis a sua análise substancial. A resposta correta, nesses casos, é a resposta constitucionalmente adequada, legitimada pela participação de todos os envolvidos e interessados, mas que não se esgota no entendimento da democracia formal, participativa, sendo inarredável seu compromisso com a compreensão da democracia substancial, voltada para a consecução do bem comum por meio do justo político.

E, embora os partícipes e interessados estejam sujeitos à autoridade da Corte, dada a sua função unificadora do Direito, isto não lhes retira a possibilidade de analisar os fundamentos determinantes utilizados na decisão, que, apesar de revestidos de autoridade institucional, podem ser questionados quanto à sua coerência e à sua racionalidade. É, portanto, “inadiável o trabalho de investigação sobre como nossos tribunais estão decidindo, sobre a qualidade da argumentação jurídica desenvolvida e como as razões usadas como justificção são coerentes e consistentes com o sistema jurídico como um todo” (PEREIRA, 2014).

A afirmação de Paula Pessoa Pereira deixa clara a importância de se considerar o modo de deliberação do STF, sobretudo quando se discutem a formação e a aplicação de precedentes vinculantes que se dizem destinados a garantir segurança jurídica, integridade e uniformidade ao ordenamento jurídico.

Antes, disso, porém, é necessário discutir como a defesa formal da vinculação dos precedentes traz à tona o empirismo jurídico.

#### 5.1.1 O critério de autoridade: uma volta ao empirismo jurídico?

O desafio teórico dos precedentes vinculantes consiste em justificar a aplicação dos julgados, oriunda das cortes superiores, pelos demais juízes e tribunais. A preocupação com o conteúdo da decisão, a forma de deliberação, se por unanimidade ou por maioria, assim como o compromisso com a fundamentação adequada, não parecem ser adequadamente analisados pela doutrina que se defende a vinculação obrigatória.

Não obstante, amontoam-se críticas às propostas feitas sobre essa vinculação obrigatória dos precedentes pelo fato de terem vindo da Corte de Precedente (STF), a qual caberia “definir a interpretação do texto legal ou dele extrair a norma jurídica válida, o que significa ter poder para atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais” (MARINONI, 2016b, p. 289).

O perigo de se definir apenas por critérios de autoridade o que é um precedente está em adotar, mesmo inconscientemente, a postura do “realismo jurídico”, ou melhor, do empirismo jurídico, no qual a decisão do julgador será resultado de sua intuição e não de uma profunda fundamentação que considera os diversos argumentos. Esse empirismo jurídico, apesar de normalmente chamado “realismo jurídico”, oferece subsídios para decisões desprovidas de fundamentos jurídicos legais (FERREIRA NETO, 2015, p. 201). O critério de autoridade sobressai, conforme já dito, como o principal fundamento para seguir um precedente.

A distinção crítica entre o que se chama “realismo jurídico” e o que se propõe chamar “empirismo jurídico” está na metaética<sup>70</sup>. O realismo, dentro de uma matriz cognitivista, concebe a existência de uma realidade moral objetiva da qual participa o direito e que pode, nesses termos, ser compreendida e analisada. Já o “realismo jurídico” (que se propõe chamar tecnicamente “empirismo jurídico”) assume como foco central – mesmo pressupondo também uma visão do que é a realidade –, não uma concepção ontológica e robusta de realidade, mas uma visão de que essa “realidade” está restrita a sua dimensão física e empírica, sendo apenas os elementos fáticos capazes de influenciar a formação do direito (FERREIRA NETO, 2015, p. 204).

Assim, a expressão “empirismo jurídico” retrata mais fielmente o movimento doutrinário que “defende uma concepção restritiva de realidade, uma vez que somente é considerado real aquilo que pode ser fisicamente verificado e é, portanto, manipulável pelo agente” (FERREIRA NETO, 2015, p. 204). Essa tradição não defende nenhuma forma de realidade moral objetiva, mas apenas a existência de elementos exteriores que estimulam aqueles com autoridade para criar o direito.

---

<sup>70</sup> A metaética representa uma divisão da teoria ética. A teoria ética, como um ramo autônomo da filosofia, pode ser dividida em ética normativa e metaética. Enquanto a primeira representa a disciplina filosófica que “teria como objeto próprio a análise das perguntas e respostas que os filósofos fornecem a questões práticas substanciais, tais como as questões éticas sobre aborto, eutanásia, pena de morte e etc.”, a metaética “trata do conjunto de questionamentos prévios – acerca da composição essencial das propriedades éticas, dos enunciados externados nessa seara, dos juízos morais (se são meras falsificações, atitudes emotivas, manifestações opinativas individuais, reflexos de convenções sociais contingentes ou se são crenças que captam de modo verdadeiro ou falso uma realidade moral exterior e objetiva) – que devem ser respondidos a partir da perspectiva adotada pelas mais variadas tradições morais” (FERREIRA NETO, 2015, p. 23).

A inexistência de padrões objetivos de normatividade (VERBICARO, 2019, p. 240) é uma marca do não cognitivismo empirista, no qual o conteúdo do direito estaria sempre na dependência de elementos instintivos e intuitivos daqueles que têm o encargo de dizer o conteúdo final do direito diante de um caso concreto, motivo pelo qual o seu conteúdo jamais seria definido por mecanismos racionais que pudessem antecipar, de forma objetiva, o teor de uma decisão judicial (FERREIRA NETO, 2015, p. 208).

Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte norte-americana, entendia, nesse sentido, que toda legislação que é positivada é apenas um fator acidental e não determinante para a compreensão do direito (FERREIRA NETO, 2015, p. 211), de modo que as decisões judiciais são construídas independentemente das regras, as quais são utilizadas posteriormente como um “verniz” para uma justificação jurídica ulterior, em uma tentativa de racionalização do processo decisório, que é em si mesmo irracional (VERBICARO, 2019, p. 243). O empirismo jurídico norte-americano, do qual é representante Holmes, pode significar para o direito brasileiro um alimento do ceticismo normativo e a excessiva confiança na ideia de um juiz que decide por meio de uma sabedoria prática ou de uma ideia de virtude prudencial da justiça, o que traduz insegurança jurídica, imprevisibilidade e incerteza (VERBICARO, 2019, p. 243).

Os precedentes funcionariam, assim, como reflexos de algo que já está na consciência do julgador que definirá a tese, mas não enquanto uma realidade resultante de um “ser no tempo”, que envolve toda uma variedade de experiências fruto de interpretações desenvolvidas ao longo do agir judicial, como seria de compreender-se a partir da tradição da própria jurisdição nacional (GÓES, 2016, p. 158). Passa-se a justificar os precedentes alegando-se que “o direito é aquilo que os tribunais dizem que o direito é”, sem que exista uma profunda preocupação com a decisão judicial à luz das normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo (STRECK, 2018, p. 28). Há aqui o perigo do juiz-legislador que, ao estabelecer normas gerais a partir da indicação de uma tese, acaba, sob o pretexto de diminuir o grau de equivocidade da lei, formulando também um texto, portanto, passível de interpretação (STRECK, 2018, p. 26).

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

A justificação da utilização de precedentes não se resume, portanto, ao órgão que decidiu em determinado sentido, mas a uma operação básica de racionalidade humana. Apesar de comumente invocado como uma justificativa moral para a força dos precedentes (BUSTAMANTE, 2012, p. 298), o imperativo kantiano de universalidade não parece ser suficiente, uma vez que, como a doutrina costuma pontuar, é apenas formal e, portanto, não se preocupa com definições substanciais do agir ou da deliberação. A razão prática envolve, sem dúvida, uma operação de aplicação das normas jurídicas que depende dos seus aspectos formais, logo, de uma regra de universalidade, mas que deve carregar também um aspecto substancial, ou seja, a direção com retidão para um fim, a justiça. Esse aspecto substancial está intimamente vinculado à Constituição e à concretização dos direitos fundamentais, vínculo jurídico necessário para fundamentar a operação da razão prática humana.

A racionalidade que uma teoria dos precedentes pode conferir ao ordenamento jurídico por meio da regra da universalização (ZANETI JR., 2019, p. 355-358) não deve esgotar-se no aspecto formal. Os demais juízes e tribunais deverão seguir os precedentes não por serem essas regras universais aplicáveis aos casos futuros, mas porque essas decisões, além de universalmente formais, consubstanciam um dever de justiça, um dever moral e uma adequada ordenação da vida social (HERVADA, 2008, p. 250). Desse modo, seguir um precedente não se restringe a respeitá-lo porque suas razões são universalmente formais, mas porque, além disso, são razões que consubstanciam os deveres de justiça estabelecidos nas leis e na Constituição, o que exige das cortes uma fundamentação coerente e racional.

Argumentar com racionalidade envolve, naturalmente, a preocupação com a sua generalização para casos futuros, o que requer uma atuação descentrada do indivíduo, de forma a justificar seus argumentos de maneira impessoal. Assim, o elemento que descentra a autoridade é, justamente, o conjunto de ônus argumentativos com os quais deve arcar para proferir uma boa decisão, porque, no caso de argumentações por autoridade, a formação de precedentes dá-se a partir das razões subjetivas para decidir (RODRIGUEZ, 2013, p. 78).

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

A falta de preocupação com o conteúdo das decisões, substituindo-se a construção robusta de uma decisão por um critério de autoridade, revela uma volta ao empirismo jurídico,

que se utiliza, agora, muito mais dos princípios do que da lei, em uma tentativa de racionalizar o irracional. A própria declaração do Ministro Carlos Ayres Britto dá indícios dessa utilização desmedida dos princípios: “Com tantos princípios, eu deito e rolo” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 81).

Não parece tampouco crível que a função prospectiva do precedente constitua certo limite para a atuação discricionária do juiz, que, fazendo parte das cortes superiores, teria liberdade para julgar, mesmo que sob a responsabilidade de uniformização da interpretação infraconstitucional e constitucional, o que incitaria no juiz uma reflexão sobre as repercussões do precedente, fazendo-o agir com mais cautela em relação ao futuro (MARINONI, 2016b, p. 131).

Nesse sentido, não se confere razão àqueles que defendem que o direito legislado, em vez de ser um pressuposto, representa um obstáculo à segurança jurídica, pois, segundo defendem, a hiperinflação legislativa, além de impedir o pleno conhecimento das regras legais, substancialmente também não garante a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito. A previsibilidade, segundo esses argumentos, dependeria não da norma em que se funda a ação, mas da interpretação judicial, sendo evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato (MARINONI, 2016b, p. 100).

Essa desvinculação em relação à norma objetiva permite a indagação sobre a garantia de que o Supremo Tribunal Federal não fará precedentes por sua vontade e escolha, construindo sentidos independentemente das leis e da Constituição da República (STRECK, 2018, p. 40). O rompimento do liame objetivo (lei) representa uma anarquia decisória que se volta, muitas vezes, para a efetivação dos direitos baseada em subjetivismo e ampla discricionariedade judicial, permitindo a substituição de um vínculo objetivo entre o sujeito e o direito, como no caso da proposição “tenho direito à saúde” que passa a ser “quero ter saúde”, a qual expressa uma conexão meramente subjetiva, ou seja, a vontade ou o desejo do sujeito (BARZOTTO, 2017, p. 28).

A conclusão dessa discussão aponta que, sem o vínculo legal, o termo “direitos” é apenas uma máscara para pretensões carentes de fundamentação racional, pois reduz o direito ao subjetivismo arbitrário para veicular interesses e preferências incapazes de se fazerem valer na esfera pública por meio de razões, sendo esse o caminho mais curto para a eliminação das discussões políticas (BARZOTTO, 2017, p. 32). Assim, no afã de se buscar a efetividade quantitativa por meio do julgamento do maior número de ações, despreza-se a discussão sobre “como se deve decidir” passando-se para “quem deve decidir” (STRECK, 2018, p. 26).

Esse comportamento pode criar o que se denomina “zona de autarquia”, que é o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, um espaço em que as decisões são tomadas sem fundamentação (RODRIGUEZ, 2013, p. 69).

A aplicação dos precedentes justifica-se, portanto, não apenas por critérios institucionais ou de autoridade, mas também por razões morais, porque o direito sem a moralidade transforma-se em uma prática arbitrária em que o mais forte cria leis para o mais fraco, visto que perde seu aspecto ideal, da mesma forma que a moral sem a facticidade do direito está em um sistema de saber cultural que não tem qualquer garantia de eficácia (BUSTAMANTE, 2012, p. 254).

Nesse mesmo sentido, o modelo de Estado Constitucional exige que seja atendida a pretensão de justificabilidade racional em todo ato de aplicação judicial do direito, no maior nível possível, o que proíbe considerar a “autoridade” dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores. Desse modo, há uma incompatibilidade entre os precedentes obrigatórios, ligados apenas à defesa do critério de vinculação formal, e as exigências de justificabilidade mantidas pelas constituições democráticas, pois haverá sempre a possibilidade, mesmo que teórica, de que em um caso futuro as razões expostas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que estão a favor da manutenção dessa mesma regra (BUSTAMANTE, 2012, p. 256).

Por fim, é uma ficção pressupor que há sempre uma única *ratio decidendi* nos julgados e que ela inevitavelmente tem uma autoridade absoluta, sendo sempre absolutamente vinculante e resultando em uma separação cristalina entre o que é a *ratio decidendi* e o que é o *obiter dictum* (BUSTAMANTE, 2012, p. 258). Na verdade, a prática jurídica brasileira enfrenta uma grande dificuldade para estabelecer o que seria a *ratio decidendi* do julgado, havendo, muitas vezes, uma total dissociação entre o que foi decidido e o que foi definido como “tese jurídica”.

O desafio aqui exposto tem como objetivo demonstrar que a defesa da vinculação dos precedentes apenas porque foram formados nas Cortes de Precedentes, responsáveis por dizer o conteúdo do direito, além de invocar consciente ou inconscientemente um empirismo jurídico baseado em decisões que resultam de intuições, desejos e vontades do julgador, não parece, nesse panorama, contribuir para a diminuição da anarquia decisória por meio do estabelecimento de uma interpretação que visa diminuir o grau de equivocidade da lei. Pelo contrário, o descrédito e a posterior dissociação de um liame objetivo, representado pela lei, permitem que discursos baseados no subjetivismo das partes sejam acatados e, portanto, ganhem um “verniz jurídico” (na sua maioria, princípios jurídicos) para terem a aparência de decisão jurídica racional.

Por isso, a discussão acerca da vinculação dos precedentes não apenas tem uma implicação no direito processual civil e seu compromisso com a segurança jurídica, a integridade, a coerência e a uniformidade das decisões judiciais, mas também guarda íntima relação com o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito.

Como apontado no capítulo 2 do presente trabalho, o surgimento do Estado de Direito possibilitou a observância da lei como parâmetro fundamental para as ações estatais, refreando abusos e aumentando as liberdades individuais. O paradigma do Estado Democrático de Direito, por sua vez, possibilitou que as leis criadas a partir da participação de todos os sujeitos fossem tidas como paradigma para a atuação estatal.

Seguindo nessa argumentação, pode-se observar que o Estado Democrático de Direito constitui o paradigma que fundamenta o modelo constitucional de processo que, preocupado com a comparticipação e com o policentrismo, exige que todos os sujeitos, mesmo que não envolvidos diretamente nas ações judiciais, participem do debate público, principalmente quando as discussões envolverem a extensão dos direitos fundamentais, como é o caso das ações que tramitam no STF. Essa preocupação deve-se, sobretudo, à formação dos precedentes nessa Corte Suprema, os quais, segundo o CPC de 2015, vinculam todos os demais juízes e tribunais.

Verificar-se-á, especificamente neste capítulo, que a vinculação dos precedentes não ocorre de maneira obrigatória, como defende parte da doutrina processual brasileira, seja com base em uma ética dos precedentes<sup>71</sup>, seja por meio da defesa da reestruturação do Judiciário em Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça.

Entende-se que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, listados pelo CPC de 2015, vinculam, mas não de forma obrigatória e tendo como parâmetro apenas o critério formal de estarem listados no artigo 927 do Código. Isso porque, como já defendido, compreende-se que os precedentes restringem a tomada de decisões dos julgadores, mas de forma gradual.

## **5.2 Demais critérios de vinculação dos precedentes**

O reconhecimento da vinculação dos precedentes seguindo outros critérios que não apenas o critério formal ou de autoridade institucional é fundamental para o entendimento do

---

<sup>71</sup> Em sentido semelhante, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 19) afirma que considera um equívoco “defender mudanças no direito brasileiro que se proponham a ‘modernizá-lo’, partindo do pressuposto de que vivemos sob a égide de uma ordem jurídica arcaica ou atrasada em relação aos demais países ocidentais ou a algum ‘padrão’, seja ele qual for”. Uma crítica mais profunda da ética dos precedentes foi feita na subseção 1.3.

seu grau de vinculação, principalmente no que diz respeito ao exposto sobre a vinculação gradual.

A vinculação gradual dos precedentes, abordada no capítulo anterior, demonstrou que há um *continuum* que evidencia fatores formais e materiais da força do grau de vinculação dos precedentes.

Observou-se, nesse sentido, que a vinculação obrigatória, além de adotar o critério de autoridade como fundamento da vinculação formal, ainda restaura o chamado empirismo jurídico, incompatível com o modelo constitucional de processo, fundamental na configuração dos precedentes judiciais, em razão do seu caráter participativo e policêntrico.

Aleksander Peczenik (1997) indica alguns fatores que podem ser relevantes para determinar o grau de vinculação de um precedente. São eles: a) a posição hierárquica do tribunal; b) a decisão de representar ou não unanimidade no colegiado; c) a reputação do tribunal ou do juiz que redige a opinião da Corte; d) as mudanças no contexto político, econômico ou social desde a decisão anterior; e) a solidez dos argumentos apresentados; f) a idade do precedente; g) a presença ou ausência de dissidência; h) o ramo do Direito envolvido; i) a aceitação do precedente em escritos acadêmicos; j) os efeitos de mudanças legais em áreas afins (PECZENIK, 1997, p. 479).

Alguns desses critérios serão analisados tomando-se em conta, principalmente, a realidade brasileira. Outro critério que será analisado, embora não listado pelo autor polonês, é essencial na tradição do *civil law*: a relação entre precedente e lei.

Os demais critérios apresentados por Aleksander Peczenik – a reputação do tribunal, as mudanças no contexto político, a idade do precedente, a aceitação do precedente pelos acadêmicos e os efeitos de mudanças legais em áreas afins – não serão analisados, por terem condicionantes extrajurídicas que necessitariam de uma análise sociopolítica que extrapola os limites deste trabalho.

Portanto, como o foco da pesquisa são os precedentes na realidade brasileira, os critérios analisados serão: a) a posição hierárquica do tribunal, b) a solidez dos argumentos, vista como a adequada fundamentação do julgado, c) o ramo do direito envolvido e a complexidade da causa, d) a relação entre precedente e lei e e) a presença ou ausência de dissidência. A unanimidade ou não da decisão será analisada no último tópico do capítulo.

### 5.2.1 A posição hierárquica do tribunal

No decorrer do trabalho, buscou-se demonstrar que as doutrinas processuais que defendem apenas o critério formal de vinculação dos precedentes como suficientes para garantir sua aplicação acabam por incorrer em uma defesa da autoridade da Corte emissora como fundamento único dessa vinculação. Ora, como visto, corre-se o risco de se voltar ao empirismo jurídico, argumentação absolutamente incompatível com o modelo constitucional de processo.

Não se pode negar, porém, que esse elemento possui grande relevância na determinação do grau de vinculação do precedente, porque os precedentes do STF devem, necessariamente, ser considerados pelos demais tribunais. Como afirma Juraci Lopes Filho (2020, p. 452), “eis, porém, a atitude correta: devem ser considerados, jamais ignorados”, visto que não há qualquer justificativa que desonere quem quer que tenha esse dever. O juiz, sem dúvida, deve respeitar a tradição institucional de que faz parte e que abriga, nos órgãos de cúpula, os formuladores de última instância.

Todavia, o fato de considerar não significa seguir cegamente ou hiperintegrar o sistema, uma vez que “o magistrado não pode se esconder em julgamentos superiores para se furtar do dever constitucional de julgar casos mediante análise contraditória do que foi efetivamente discutido” (LOPES FILHO, 2020, p. 452).

A posição hierárquica da Corte é, assim, fundamental na determinação do grau de vinculação do precedente, porque um precedente do STF deve vincular os demais juízes e tribunais. Porém, importa não confundir hierarquia da Corte com hierarquia do precedente. Outros critérios serão, portanto, considerados quando da análise do precedente pelos juízes e tribunais inferiores, não sendo esse o único ou suficiente para explicar a sua vinculação.

### 5.2.2 O dever de fundamentação adequada das decisões

Outro critério que determina a força vinculante do precedente está relacionado a uma fundamentação adequada e detida. A fundamentação das decisões judiciais é uma exigência constitucional, disciplinada no artigo 93, IX, da CRFB. Como observado ao longo do trabalho, o dever de motivação das decisões judiciais tem estreita relação com o Estado Democrático de Direito, pois permite verificar a legitimidade da atuação judicial a partir do que foi decidido, assim como é fundamental na concretização de um modelo constitucional de processo, uma vez que é possível investigar em que medida os argumentos das partes foram considerados ou rechaçados e por quê.

Sabe-se que a fundamentação das decisões está estritamente relacionada com os princípios do contraditório – não mais entendido como mera bilateralidade, ou seja, mera possibilidade de as partes dizerem e contradizerem, mas entendido como uma garantia constitucional de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, em igualdade de condições –, de modo que possam “influenciar o juiz no julgamento das questões de fato e de direito que surjam discutidas ao longo de todo o itinerário procedimental, relevantes à solução decisória almejada” (DIAS, 2018, p. 136). Instaura-se o que o Ronaldo Brêtas Dias (2018, p. 137, grifo do autor) denomina “*quadrinômio estrutural do contraditório*, qual seja, *informação-reação-diálogo-influência*, como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio fundamental das decisões judiciais”.

A exigência constitucional do dever de fundamentação tem quatro razões lógicas e juridicamente relevantes, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito: a) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, possibilitando verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente; b) constrangimento da interferência de ideologias e subjetividades do juiz no ato estatal de julgar; c) verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões postas em discussão no processo, com o objetivo de afastar os erros de fato e de direito cometidos pelos órgãos judiciários; d) possibilidade de melhor estruturação dos recursos que, porventura, possam ser interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros (de fato e de direito) que maculam as decisões jurisdicionais (DIAS, 2018, p. 184).

Há, ainda, a relação da fundamentação como pressuposto da legitimidade das decisões, de modo que, se não observada, traduz grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira imperdoável, a consequente nulidade do pronunciamento judicial (LOPES FILHO, 2020, p. 461). No que diz respeito aos precedentes, para que eles tenham força, é necessário que a decisão em que se corporificam tenha adequadamente cumprido o dever constitucional de fundamentação, constante no artigo 93, IX, da Constituição da República, ou seja, é essencial que traga uma fundamentação substancialmente adequada (LOPES FILHO, 2020, p. 461).

Dito isso, indaga-se como verificar, na prática, se o dever de fundamentação foi ou não respeitado? Aponta-se, como parâmetro objetivo, a averiguação da devida fundamentação a partir da análise de todas as questões postas em juízo. Porém, merece ser dada atenção ao entendimento do STF de que se revela legítima e completamente compatível com a exigência

do artigo 93, IX, da Constituição da República a utilização da técnica *per relationem*, caracterizada pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos (LOPES FILHO, 2020, p. 463).

O CPC/2015, em seu artigo 489, § 1.º, enumera as hipóteses em que não se considera fundamentada uma sentença, mas nada diz sobre os requisitos da bem fundamentada, além, é claro, da enumeração dos possíveis vícios (LOPES FILHO, 2020, p. 215). Contudo, mesmo sem uma disposição expressa do Código, pode-se apontar a clareza, a coerência, a completude, a concretude e a universalidade das razões jurídicas como requisitos formais mínimos da fundamentação ou motivação das decisões (LUCCA, 2016, p. 215).

A clareza é fundamental, pois deve revelar a objetividade de focar nos pontos e nas questões inerentes ao processo, decidindo aquilo que efetivamente deve ser decidido, evitando o inchaço das decisões com citações genéricas e citações doutrinárias e jurisprudenciais completamente irrelevantes e impertinentes no caso concreto. Soma-se a isso a necessidade de se utilizar uma linguagem simples e acessível, na medida em que a motivação é um ato de prestação de contas do exercício do poder jurisdicional. No que diz respeito à fundamentação jurídica, a decisão deve ser tecnicamente precisa, ainda que isso reduza a sua acessibilidade a parte da população (LUCCA, 2016, p. 215 *et seq.*).

De modo semelhante, a coerência é também característica essencial na identificação de uma decisão bem motivada ou fundamentada. A coerência quer dizer que a decisão é lógica e coesa e não pode apresentar nenhum ponto de contradição, representando uma harmonia entre o dispositivo da decisão e as razões que lhe foram dadas. Assim, a coerência é um complemento do requisito da clareza da motivação, pois ambas atuam em prol da inteligibilidade da decisão (LUCCA, 2016, p. 219).

Já a completude de uma decisão é revelada quando apresenta as razões fáticas e jurídicas que justificam o dispositivo e quando afasta expressamente todas as alegações fáticas e jurídicas da parte desfavorecida pela decisão; no caso de ambas as partes serem sucumbentes, a decisão deverá afastar as alegações fáticas e jurídicas de cada parte relativas àquilo em que foram desfavorecidas (LUCCA, 2016, p. 221). Como determina o artigo 489, § 1.º, IV, do CPC, é dever do juiz “enfrentar todos os argumentos deduzidos nos processos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada”. A completude desdobra-se em completude fática e jurídica. A fática é concretizada “quando define quais fatos são verdadeiros para o processo, e por quê, e quais fatos não são ‘verdadeiros’ para o processo, e por quê” (LUCCA, 2016, p. 221). Já a

completude jurídica, da mesma forma, concentra-se na indicação das razões jurídicas que justificam o dispositivo e no afastamento expresso de todas as alegações jurídicas.

Seguindo nessa linha, a concretude é um complemento do dever de completude, pois ditará *como* a decisão deverá ser motivada. Isso impõe ao julgador que enfrente concretamente o caso que está sendo julgado, pois de nada adianta uma decisão “motivada” se as razões apresentadas não forem suficientes para concluir que a decisão está fundada nas alegações das partes, nas provas dos autos e nas normas jurídicas que compõem o Direito brasileiro. Concretude, portanto, significa que uma decisão deve ser concreta, jamais vaga, abstrata ou lacônica (LUCCA, 2016, p. 232 *et seq.*).

A universalidade das razões jurídicas é o último requisito fundamental de toda decisão judicial racionalmente fundamentada. A motivação é universal ou universalizável quando suas razões jurídicas são válidas para todo e qualquer caso idêntico ou semelhante. O dever de universalidade das razões jurídicas é, portanto, condição essencial de um regime de respeito aos precedentes, porque está intimamente ligado à ideia de equidade, proposta por Dworkin, para explicar a força gravitacional dos precedentes, uma vez que é a equidade que permite entender que casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo.

Nesse sentido, quando se fala em motivação universal, entende-se que nessas decisões encontram-se razões que podem decidir casos semelhantes no futuro, o que está diretamente ligado à força gravitacional do precedente que, por sua vez, é extensível aos argumentos de princípios necessários para justificar tais decisões (DWORKIN, 2020, p. 176).

Portanto, o dever de universalidade das razões jurídicas é, também, condição indispensável de um regime de respeito aos precedentes judiciais que considere, como critério material, a fundamentação clara, coerente, completa e concreta.

### 5.2.3 O ramo do Direito envolvido e o grau de complexidade da causa

O ramo do Direito deve ser considerado quando se verifica a força vinculante do precedente. Observando o Direito Civil, fortemente marcado pela tradição legislativa, pode-se entender como o prestígio que o Código Civil empresta à estabilidade das relações afeta, sem dúvida, o modo de se compreender seus precedentes. Daí o menor impacto que o Direito Civil tem sobre pontos há muito codificados, como os direitos reais. Apenas assuntos há poucos sistematizados são passíveis de maior volatilidade jurisprudencial, como é o caso da união estável (LOPES FILHO, 2020, p. 469).

Taruffo (1997) explica, ainda, que o papel dos precedentes varia substancialmente nas diferentes áreas do Direito. O autor ressalta que a importância dos precedentes em questões constitucionais é conhecida e já foi enfatizada, mas, no nível da legislação ordinária, algumas áreas importantes estão quase completamente “cobertas” por precedentes em vários sistemas. É o caso do direito comercial envolvendo delitos e responsabilidade pelo produto (TARUFFO, 1997, p. 456).

Além das áreas do Direito, a complexidade da causa subjacente ao precedente é outro aspecto a ser considerado, pois quanto mais rica em questões jurídicas invocadas, quanto mais detalhes e normas envolvidos, quanto mais argumentos fortes a favor e contra uma das partes, mais a decisão pode implicar um ganho hermenêutico, ainda que uma nova causa com igual complexidade possa ser mais difícil de se repetir (LOPES FILHO, 2020, p. 470).

#### 5.2.4 Criação da norma jurídica do precedente a partir da lei

Outro critério que pode ser apontado como relevante na análise da força vinculante do precedente judicial é o fato de a norma, criada a partir da atividade interpretativa, resultar da interpretação de determinado texto legal, especialmente da Constituição da República, no caso da análise que se faz dos precedentes constitucionais. Isso porque a prática interpretativa no *civil law* não pode estar “descolada” do texto normativo, criando um princípio sem qualquer amparo no ordenamento jurídico. A criação de normas deve estar amparada no direito legislado (CRAMER, 2016, p. 93).

O STF deve ter um compromisso com a Constituição da República, entendida como um complexo de relações de justiça, voltado para a consecução do bem comum. A atividade judicial, nesse contexto, deve ser entendida como uma continuação do processo deliberativo democrático que se dá no âmbito da representação popular, de modo que a Corte Suprema não deve conceber sua atividade colegiada como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo), nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismo), mas está obrigada a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa na Constituição. Portanto, assim como o processo democrático está submetido à teleologia constitucional<sup>72</sup>, o processo

---

<sup>72</sup> “A constituição brasileira de 1988 é uma constituição teleológica. Ela determina certos bens como finalidades da sociedade e do Estado: o bem da pessoa humana e como condição deste, o bem comum. A constituição brasileira não é neutra acerca do que é a vida boa para o ser humano. Ela contém uma determinada concepção de vida boa. Para o constituinte brasileiro, o ser humano é pessoa, “pessoa humana” (art. 1.º, inciso III; 17, *caput*; 34, inciso VIII, b; 226, par. 7). Dentro da tradição ocidental, como vimos, assumir que o ser humano é pessoa significa assumir que seus traços constitutivos são: concretude/historicidade, individualidade, racionalidade, sociabilidade. Essas dimensões da pessoa estabelecem alguns bens como necessários para o pleno

judicial deve conceber-se como uma atividade de concretização das finalidades da Constituição e das leis (BARZOTTO, 2005, p. 192-193).

Essa discussão é fundamental no contexto brasileiro, marcadamente de *civil law*, no qual as leis têm papel preponderante. Desse modo, o Judiciário não pode produzir norma a partir do nada, como se fosse legislador, porque a norma é criada a partir de parâmetros estabelecidos pelo legislador, isto é, por meio de interpretação do dispositivo legal ou de outro texto normativo, que deve, por óbvio, harmonizar-se com a lei (CRAMER, 2016, p. 94).

Como já visto anteriormente, no paradigma do neoconstitucionalismo, cujo objetivo é a superação de um modelo positivista, a atuação do juiz tem papel cada vez mais importante, sobretudo na interpretação e na concretização do texto Constitucional. Isso não representa, porém, um passe-livre para o que se habituou chamar “ativismo judicial”, termo usado aqui de forma a traduzir uma questão de usurpação de competência: ativista é o tribunal que toma decisões que supostamente deveriam ter sido tomadas por outros órgãos, como o Legislativo (SILVA, 2021, p. 510).

Em uma perspectiva interpretativista, é fundamental que o precedente constitucional possa observar o limite imposto pela própria Constituição, uma vez que os magistrados não são eleitos pelo povo e, por isso, devem deduzir a norma a partir do parâmetro legal (CRAMER, 2016, p. 95).

### 5.2.5 A presença ou a ausência de dissidência

A existência de votos divergentes não é uma novidade nem no Brasil, nem tampouco em outros países europeus. Ao mesmo tempo que a manifestação divergente dos ministros nas decisões colegiadas representa uma possibilidade de que determinada matéria continue, de certa maneira, mais aberta a futuras discussões, influi no grau de vinculação dos precedentes, porque um precedente no qual não há qualquer voto divergente pode demonstrar um maior entendimento da Corte a respeito da matéria julgada.

Esse ponto merece detida análise. Analisando o STF, afirma Virgílio Afonso da Silva que, na Corte, “praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes.

---

desenvolvimento ou para a vida boa do ser humano (liberdade, saúde, segurança, educação, etc.). A expressão ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1.º, inciso III) é a tradução jurídico-constitucional do conceito de vida boa da Ética Clássica. Os bens que compõem a vida boa passam a ser considerados, do ponto de vista do direito, como algo devido a cada pessoa humana. Afirmar no texto constitucional a dignidade da pessoa humana equivale a afirmar que o ser humano é merecedor ou credor dos bens necessários para que ele alcance a vida boa como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social” (BARZOTTO, 2005, p. 193-194).

Mesmo naqueles casos em que a decisão final é unânime, há ao menos divergências argumentativas que podem ser relevantes” (SILVA, 2015a, p. 206). O autor assevera, ainda, que “talvez não haja (e se houver, são poucos) tribunais com tantos votos divergentes e concorrentes quanto o Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2015a, p. 206).

Quando se trata de votos divergentes, é necessário entender primeiro que o acórdão é fruto do julgamento proferido pelos tribunais. O julgamento, assim, antecede o acórdão, que é a materialização daquele, consistindo na redução da solução dada pelos integrantes do colegiado. O acórdão é composto de relatório, fundamentação e dispositivo, devendo observar o disposto no artigo 489 do CPC (DIDIER, 2018, p. 2).

De acordo com o CPC/2015, o acórdão é composto da totalidade dos votos vencedores e vencidos (divergentes), sendo o voto vencido responsável por cumprir importante função em um sistema de precedentes vinculantes. É possível identificar duas espécies de votos vencidos ou divergentes. A primeira espécie de voto vencido é um simples voto contrário, no qual o julgador simplesmente manifesta que não está de acordo com o resultado da decisão, sem que haja qualquer preocupação em evidenciar que a *ratio decidendi* ou os fundamentos majoritários e concorrentes estão equivocados e não devem prevalecer (DIDIER, 2018, p. 3).

A outra espécie de voto vencido dialoga com o posicionamento majoritário, demonstrando o equívoco da *ratio decidendi* vencedora. Esse tipo de voto vencido é relevante em um sistema de precedentes (DIDIER, 2018, p. 3), porque confere à “falta de unanimidade” o poder de levar a questão à discussão da comunidade, evitando que ela fique submersa ou quase invisível, como se a *ratio* houvesse sido amparada pela unanimidade dos votos (MARINONI, 2015).

Assim, a partir dessa contraposição, o voto divergente seria caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por indicar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela. Por outro lado, o voto que não segue a decisão majoritária, mas com ela não dialoga, seria então caracterizado como mero voto vencido (SILVA, 2015a, p. 216-217).

“Ao se incorporar ao acórdão, o voto vencido agrega a argumentação e as teses contrárias àquela que restou vencedora”, de modo que isso contribui para o desenvolvimento judicial do Direito, “ao estabelecer uma pauta a partir da qual se poderá identificar, no futuro, a viabilidade de superação do precedente (art. 489, §1º, VI, e art. 927, §§2º, 3º e 4º, CPC)” (DIDIER, 2018, p. 3). Ainda, o voto vencido seria capaz de manter a questão em debate, estimulando a comunidade jurídica a discuti-la.

Embora, em princípio, o voto divergente carregue essa capacidade de dialogar com a posição majoritária da Corte, o que se observa é que, na maioria das vezes, os votos divergentes, uma vez feitos antes da própria deliberação, acabam tornando-se apenas meros votos vencidos, não estabelecendo, portanto, diálogo com a posição majoritária do tribunal (SILVA, 2015a, p. 210).

A maioria (se não todos) dos argumentos utilizados para explicar a existência e, assim, a importância dos votos divergentes não faz sentido para a análise da realidade brasileira. A divergência de votos, reconhecidamente valiosa, porque desafia a opinião do tribunal e mantém o debate vivo, pode ser entendida a partir de dois dos seus efeitos: o efeito pós-decisão, que é manter vivo o debate, e o efeito pré-decisão. O efeito pré-decisão reflete a capacidade que os votos divergentes têm de, ao desafiar a opinião da maioria, melhorar a qualidade, a solidez e a nitidez dos argumentos do tribunal, porque, se a maioria dos juízes não quiser ser apenas a maioria, mas desejar também ter os melhores argumentos, então a opinião do tribunal tentará demonstrar que os argumentos divergentes estão errados. Por meio desse processo mútuo, tanto a qualidade da decisão quanto a sua legitimidade podem, em alguns casos, ser melhoradas (SILVA, 2013, p. 583).

Porém, a realidade decisória no Brasil é distinta e, portanto, desafia esses argumentos, uma vez que, no STF, os votos são redigidos de forma individual e lidos nas plenárias públicas. Portanto, assim como não há real deliberação, não há diálogo, não há troca de argumentos entre votos escritos. Em resumo, em uma decisão de 6 a 5, os votos dos cinco ministros, que são a minoria, não são votos divergentes, pelo menos não no sentido que o termo é usado no debate sobre a tomada de decisão judicial. Eles são meramente votos derrotados. Como votos derrotados, não contestam a opinião do tribunal, já que na época em que foram redigidos não havia opinião do tribunal (SILVA, 2013, p. 583).

Todavia, os votos divergentes são vistos com bons olhos por absolutamente todos os ministros do STF, embora a quantidade seja grande. Para explicar as razões que levam à grande quantidade de votos divergentes<sup>73</sup>, os ministros apontam a ausência de debate prévio, a redação dos votos em momento anterior ao debate, a quantidade de trabalho e a publicidade. O trabalho realizado por meio de entrevistas com ministros atuais e antigos do STF<sup>74</sup> revelou que os

---

<sup>73</sup> Para uma análise dos votos divergentes nas cortes constitucionais europeias, ver Kelemen (2013).

<sup>74</sup> “Todas as entrevistas foram gravadas e depois transcritas. Antes de iniciar cada entrevista, foi assegurado ao entrevistado que as informações seriam usadas de forma anônima. Como o objetivo da pesquisa não é expor a opinião individual dos ministros, mas construir um cenário coletivo a partir de visões individuais, o anonimato nas declarações não compromete os resultados. Pelo contrário, ele tem o potencial de deixar os ministros à vontade para expor de forma mais sincera suas opiniões. Para manter o anonimato, os nomes dos ministros foram substituídos por letras. Embora não haja nenhuma ordem reconhecível nessas letras, uma divisão clara foi feita: as letras A a I representam ministros no exercício da função (no momento da entrevista), enquanto as letras N a

ministros não parecem identificar grandes problemas na forma atual de publicação dos votos divergentes<sup>75</sup>. Embora os ministros reconheçam o excesso de individualismo como um dos principais problemas da deliberação no STF, na visão deles não há uma conexão entre votos individuais e individualismo (SILVA, 2015a).

Porém, em um sistema de precedentes vinculantes que objetive garantir a segurança jurídica, a uniformidade, a integridade e a coerência, é necessário considerar de forma crítica o personalismo e o individualismo na deliberação e o modo como isso vai de encontro à formação de precedentes que reflitam o entendimento da corte sobre a matéria e, portanto, o seu grau de vinculação.

Os precedentes, em um *continuum*, podem ter um grau de vinculação mais ou menos forte. Pode ser entendido como tendo um grau forte de vinculação o precedente que respeite as seguintes condições: observar de forma mais completa os critérios analisados, como é o caso do precedente oriundo de um tribunal superior (STF); estar devida e adequadamente fundamentado; ser fruto de rica discussão jurídica, considerando o ramo do Direito e o grau de complexidade da causa; consubstanciar uma norma fruto da interpretação do texto legal e constitucional; considerar a questão de votos divergentes como etapa fundamental do processo deliberativo e não da personalidade; considerar a comparticipação e o policentrismo como características essenciais de um modelo constitucional de processo, como uma alternativa à forma deliberativa do STF.

Vê-se que o critério de vinculação formal pode até garantir, em certo grau, a vinculação dos precedentes, mas, quando se pensa em assegurar segurança jurídica, uniformidade, coerência e integridade ao ordenamento jurídico, citar apenas a autoridade como critério final e suficiente para justificar a aplicação dos precedentes não parece ser a saída mais correta.

Nesse sentido, a forma de deliberação no STF e a sua relação com os precedentes vinculantes e o modelo constitucional de processo serão aprofundadas no próximo tópico.

---

U indicam ministros que, ao tempo das entrevistas, já estavam aposentados. Ao longo do texto, não faço distinção entre ministros e antigos ministros, a não ser nos casos em que isso tenha me parecido conveniente, para deixar alguma contraposição mais clara. De qualquer forma, é sempre possível saber se se trata de um antigo ministro ou de um ministro atual com base nas letras” (SILVA, 2015a, p. 208).

<sup>75</sup> “Poucos são os ministros que veem algum problema na quantidade de votos divergentes no STF. De certa forma, isso era esperado, já que não seria fácil conciliar uma posição crítica à quantidade de votos divergentes e concorrentes se todos os ministros seguem a mesma prática, isto é, todos publicam seus votos divergentes e concorrentes em grande quantidade. Em outras palavras, como sustentar que os ministros deveriam se conter mais e, ao mesmo tempo, não ter um histórico de autocontenção? Alguns ministros tentam conciliar essa tensão ao salientar que a culpa é do modelo, não de uma postura individual dos ministros. A partir dessa estratégia, seria possível publicar vários votos divergentes e, ao mesmo tempo, dizer que deveria haver menos votos divergentes” (SILVA, 2015a, p. 216).

### 5.3 A importância da deliberação e da colegialidade para a formação de precedentes vinculantes em um modelo constitucional de processo

Destaca-se o último critério na análise do grau de vinculação dos precedentes em razão da sua relação com o modelo constitucional de processo. Como já dito ao longo da pesquisa, o fato de a realidade brasileira ser o foco do estudo sobre o desenvolvimento dos precedentes levou, também, à necessidade de uma análise detida do modo de deliberação no STF.

Como o critério de autoridade institucional é um ponto crucial nas doutrinas processuais sobre os precedentes obrigatórios, importa analisar até que ponto o STF consegue cumprir a tarefa de garantir toda a unidade do direito, tendo como fundamento de sua legitimidade apenas a hierarquia institucional. A deliberação é, portanto, um ponto fundamental no entendimento dos precedentes vinculantes, pois, sem dúvida, os precedentes da Corte Suprema devem ser considerados pelos demais juízes e tribunais, mas cabe perguntar se serão obrigatoriamente vinculantes independentemente das razões que consubstanciam. O fato de o precedente ter surgido de uma decisão que não foi unânime – e, inúmeras vezes, mesmo unânime, não representa o entendimento da Corte sobre o assunto – não torna o precedente vinculante em um grau menor?

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

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

Já se apontou que não há uma preocupação entre os ministros do STF com a construção de um raciocínio jurídico capaz de julgar casos que reflitam o entendimento daquela Corte acerca de determinada matéria de direito: “a Corte é, em uma metáfora musical, não uma orquestra na qual todos os músicos se voltam para o ideal de um melhor concerto, mas apenas solistas imbuídos de virtuosismo individual” (MENDES, 2012, p. 71).

De acordo com a prática decisória do STF, principalmente nos casos de grande repercussão midiática, parece haver pouca preocupação em tecer argumentos que possam constituir uma interpretação comprometida com a segurança jurídica dos jurisdicionados, bem como com a diminuição da irracionalidade decisória. Isso é confirmado pela enfática declaração

de um Ministro do STF, quando questionado sobre a prática de levar os votos prontos para as seções: “Difícilmente um ministro vai reconsiderar, porque ele não espera os outros argumentos, ele já põe o ponto de vista dele e ele vai para lá para defender aquele ponto de vista a qualquer preço” (SILVA, 2015b, p. 191).

Elaborar teses como resultados de julgados que representam um embate e não um diálogo no STF não garante a unidade interpretativa do direito. Com efeito, a inexistência ou a inefetividade do debate entre os ministros impede que uma decisão represente a opinião da Corte sobre determinada matéria, sendo o acórdão apenas uma soma de votos (CÂMARA, 2018, p. 256), havendo muitas vezes uma dificuldade para definir qual o entendimento da Corte em determinado caso.

O caráter opinativo representa o funcionamento da jurisdição brasileira, de forma que se decide por mera agregação de opiniões. Isso fica claro quando se examinam julgados colegiados do STF e se verifica que, mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente, em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião. Embora seja possível constituir, claramente, estilos de julgar individuais, não é possível identificar um padrão claro e discernível para o julgamento da Corte tomada como um todo. O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos, “que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada” (RODRIGUEZ, 2013, p. 82).

Um exemplo: o caso emblemático do decreto do governador do Distrito Federal proibindo a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 28).

O Decreto n.º 20.098, de 15 de março de 1999, disciplinou “as manifestações públicas nos locais em que menciona” (BRASIL, 1999) e, assim, proibiu a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes, local onde estão os prédios-sede dos três poderes do Estado brasileiro: o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o próprio STF. A proibição acabaria por impedir o direito de reunião, previsto constitucionalmente, mas estava fundamentada no direito daqueles que trabalham na praça e em seus arredores. Por seu turno, o exercício do direito de reunião, da maneira como está disposto no texto constitucional, configura-se condicionado ao preenchimento de alguns requisitos, de modo que o seu exercício já deve respeitar algumas limitações apresentadas no próprio texto da Constituição. Assim, a questão enfrentada pelo STF poderia ser resumida nas seguintes perguntas: o direito de reunião pode

ser restringido por elementos diversos daqueles presentes no dispositivo constitucional? Se sim, quais os limites de tal regulamentação? (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 28).

Pode-se dizer que todos os ministros identificam o mesmo problema a ser decidido, ou seja, a possibilidade e os meios de restrição de um direito fundamental, como é o direito de reunião. Todavia, reconhecer um mesmo problema não significa que todos irão seguir a mesma linha de raciocínio e a mesma fundamentação das decisões individuais (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 28).

Observou-se que, mesmo decidindo pela inconstitucionalidade do decreto, não se pode dizer que o julgamento tenha uma única *ratio decidendi*, isso em razão dos inúmeros fundamentos levantados pelos ministros, o que permite constatar o alto grau de personalismo dos julgamentos. Pode-se falar, inclusive, em uma *ratio* do ministro e em uma argumentação desenvolvida por ele, o que inclui a aplicação de precedentes individuais. Especialmente nos casos que envolvem a aplicação de princípios, não há a possibilidade de extração de uma *ratio* coletiva, institucional (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 31).

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

Em primeiro lugar, a do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, com os principais fundamentos apresentados na decisão para a determinação da inconstitucionalidade do decreto, o qual afirma, desde o início de seu voto, que o direito de reunião relaciona-se com outros dois direitos: liberdade de expressão e manifestação do pensamento (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009). A *ratio* do voto do relator poderia ser entendida do seguinte modo: a Constituição Federal já dispõe sobre a possibilidade de restrição ao direito de reunião, que só poderia ser aumentada caso a reunião ferisse irreparavelmente direitos alheios. O decreto é inconstitucional em virtude de sua finalidade – a criação de uma nova restrição ao direito de reunião e de livre manifestação em razão do exercício do trabalho (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 20-30) –, finalidade que é “inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição” (BRASIL, 2007).

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

fundamentos apresentados pelo ministro relator (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 30), entendendo que a inconstitucionalidade formal prejudica a consideração sobre o aspecto material (BRASIL, 2007).

O terceiro grupo de argumentos vistos na decisão do caso dá ênfase à proteção da liberdade de expressão em detrimento de eventuais prejuízos que reuniões em locais públicos poderiam causar. A relação existente entre o direito de reunião e as liberdades de expressão e de livre manifestação das ideias deixaria transparente a preponderância desses direitos sobre os eventuais prejuízos decorrentes de seu exercício. O argumento está presente unicamente no voto do Ministro Celso de Mello e não deixa expressa a possibilidade de uma restrição legislativa do direito de reunião. Identifica-se o mesmo problema dos demais ministros, mas a *ratio decidendi* desse voto não inclui as mesmas razões pelas quais o decreto foi julgado inconstitucional pelo relator (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 30).

Em sentido contrário ao voto do relator, é o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que entende que novas regulamentações seriam inerentes à possibilidade de exercício do direito de reunião, havendo uma reserva legal implícita que autorizaria novas restrições ao direito de reunião, independentemente de ser essa restrição um meio de se garantir a efetivação de outro direito fundamental (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 30<sup>76</sup>).

Por fim, a quarta e última linha argumentativa, que representaria mais uma *ratio decidendi*, é desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence e julga procedente o caso concreto. O Ministro afirma, porém, que isso não significa uma manifestação a respeito da possibilidade de regulação de direitos fundamentais (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 30-31), pois considera que a vedação do direito de reunião é inconstitucional, seja qual for a modalidade de legislação utilizada (BRASIL, 2007).

Observa-se, pelo estudo do caso narrado, a dificuldade na definição da *ratio decidendi* em razão da divergência dos fundamentos, mesmo em votações unânimes, cujo desafio está em definir sobre “qual o problema que estamos decidindo”. As divergências dão-se quanto ao problema objeto de uma resposta da Corte, do qual decorrem inúmeras teses jurídicas a serem avaliadas. A existência de várias teses não é, em si, o alvo da crítica, já que questões complexas ensejam várias teses; o que se critica é “a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo” (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 33). Constata-se que não há uma deliberação entre os

---

<sup>76</sup> As autoras não identificam o voto do Ministro Gilmar Mendes como mais uma linha argumentativa.

ministros para que cheguem a um acordo, pelo menos, sobre qual é o principal problema trazido pelo caso.

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

Verifica-se que o resultado do julgamento é dado pela simples soma da conclusão dos votos proferidos pelos ministros, ignorando-se a questão de saber se há coincidência nos fundamentos de cada voto. Esse modelo chamado *seriatim* resulta em decisões que não refletem um profundo diálogo entre os integrantes do colegiado, sendo, assim, uma sucessão de monólogos (CÂMARA, 2018, p. 256-257).

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

Motivar racionalmente as decisões representa o vínculo com o Estado de Direito, legitimando a atividade jurisdicional com a exposição clara e coerente de suas razões e permitindo que essa atividade seja controlada pela sociedade no que diz respeito à comunicação e à informação sobre a aplicação do direito no caso concreto (LUCCA, 2016, p. 121-139).

Segundo Conrado Hübner Mendes (2012), qualquer análise que pretenda verificar se uma corte constitucional está cumprindo seus deveres deliberativos deve observar três aspectos: as interações escrita e face a face entre juízes e interlocutores; em seguida, a troca argumentativa entre juízes; por fim, a decisão escrita entregue ao público. O primeiro aspecto estaria em uma fase pré-decisional, o segundo, em uma fase decisional e o último e terceiro aspecto, em uma fase pós-decisional. Em cada um desses espaços de deliberação, espera-se que a corte esteja sujeita a padrões deliberativos rigorosos (MENDES, 2012, p. 60).

Portanto, para cada fase, foi fixado um índice qualitativo que representa a deliberação da corte constitucional em cada momento: na fase pré-decisional, definiu-se a “contestação pública”; na fase decisional, definiu-se a “interação colegiada”; na fase pós-decisional, definiu-se a “decisão escrita deliberativa”. A contestação pública é iniciada “por algum ator político que tenha poder formal de submeter um caso à corte constitucional e se encerra quando se esgotam as oportunidades formais para que interlocutores argumentem” (MENDES, 2012, p.

61). Esse intervalo tem potencialidades deliberativas relevantes, porque, na prática, a qualidade da contestação pública variará conforme a relevância do caso e a maneira como se mobiliza a comunidade política a respeito. Os interlocutores compartilham, assim, da responsabilidade pela qualidade da deliberação nessa fase, que requer, em um nível ideal, o efetivo envolvimento de todos os interessados com a apresentação dos argumentos para a corte. “Interlocutores falam enquanto juízes ouvem e questionam ativamente” (MENDES, 2012, p. 61).

Já a interação colegiada, segundo índice qualitativo, representa “o ideal de uma corte deliberativa no que diz respeito à sua fase decisional. É o parâmetro apropriado para disciplinar e avaliar o processo intra-muros que ocorre entre os juízes” (MENDES, 2012, p. 63). É o momento de interação entre os juízes para tomar uma decisão, cuja deliberação deve representar não um duelo, mas uma escuta ativa para a incorporação das razões dos seus pares, seja para acatar, seja para dissentir em um ambiente de discussão franca. Caso o acordo substantivo mostre-se impossível, “os predicados formais do estado de direito – tais como a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídicas – podem ser razões de segunda ordem a estimular concessões mútuas” (MENDES, 2012, p. 63).

Por fim, o terceiro índice diz respeito à decisão escrita deliberativa. Longe de representar “a virtude dos super-poderes interpretativos que a corte supostamente teria, do que a constituição significa” (MENDES, 2012, p. 64), a decisão é o produto de um sincero esforço de considerar todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível. Desse modo, uma corte deliberativa, nessa fase, precisa ponderar a “necessidade de construir uma identidade institucional com o dever de respeitar o lugar e o valor de opiniões dissidentes. Ela atribui peso especial à autoria institucional, mas não se furta, a depender da circunstância, de exibir eventual desacordo interno” (MENDES, 2012, p. 64). Não se trata de eliminar os desacordos, mas “as divisões, quando persistem, são sérias e respeitáveis, não frívolas e caprichosas” (MENDES, 2012, p. 65).

Assim, é possível defender a plausibilidade de que a decisão tomada por meio de deliberação gera um melhor resultado do que aquelas proferidas por cortes não deliberativas (MENDES, 2012, p. 68), sobretudo no que diz respeito à formação dos precedentes. Sua legitimidade depende, pois, de uma conjugação de fatores em todas as fases da deliberação, contemplando a participação dos interessados, a análise de todos os argumentos trazidos por esses atores processuais e a efetiva colegialidade, permitindo que os fundamentos determinantes das decisões sejam identificados (CÂMARA, 2018, p. 267-268).

Porém, como aponta Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 578), o STF é uma corte “não cooperativa e individualista”. Essa não cooperação torna-se evidente na formação dos acórdãos, cuja dificuldade está, inclusive, na definição do problema, conforme se constatou no caso emblemático. Não se trata, evidentemente, de eliminar os votos divergentes em substituição a uma ilusória unanimidade de entendimento; trata-se antes de um profundo comprometimento com o efetivo debate e deliberação em todas as suas fases, sobretudo na fase decisional e na fase pós-decisional.

A Corte Suprema brasileira está longe do ideal deliberativo traçado por Conrado Hübner Mendes (2012). A primeira fase, de interações escrita e face a face entre juízes e interlocutores, é marcada, ainda, pelo subaproveitamento da participação em audiências públicas, que, embora possam representar uma maior abertura ao debate, ainda têm um pequeno poder dialógico dentro da corte. O seu potencial de qualidade e de legitimidade democrática, bem como a utilização das informações de índole técnica ainda estão muito abaixo do esperado, dando lugar a vícios argumentativos retóricos (SOMBRA, 2017, p. 266). Isso, porém, não invalida a importância e a necessidade de audiências públicas, mas é necessário verificar como essa estratégia de legitimação democrática ainda não atinge seu objetivo.

O segundo aspecto traçado por Mendes (2012), a troca argumentativa entre juízes, dá lugar à “distribuição antecipada de votos, sem qualquer interesse na plena deliberação, mas sim, exclusivamente na resolução em massa” (ANDREASSA JUNIOR, 2021, p. 160), o que cria a figura fictícia da colegialidade no momento do julgamento, quando, na verdade, o que há é a pseudocolegialidade: na maioria dos processos, os revisores e vogais “votam com o relator” (ANDREASSA JUNIOR, 2021, p. 161). O voto do relator tem um papel diferente, porém, conforme os casos tenham ou não repercussão midiática. O voto do relator é apenas um voto qualquer: “quando a matéria ‘dá ibope’, então o voto do relator é tomado como *um voto qualquer*. Às vezes, dependendo de qual seja a composição, o fato de o relator ser fulano e não sicrano pode ensejar uma reação mais ou menos aguda de determinados outros ministros”<sup>77</sup> (SILVA, 2015b, p. 189, grifo do autor).

---

<sup>77</sup> O trecho é fruto da transcrição de uma entrevista feita pelo autor. Virgílio Afonso da Silva (2015b, p. 185) explica, em sua metodologia: “[...] este artigo é parte dos resultados de uma pesquisa mais ampla, sobre a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal. Essa pesquisa baseou-se sobretudo em entrevistas com ministros do STF. Essas entrevistas não tinham o objetivo de saber o que se passa no interior da sala de julgamento, já que as sessões do STF são públicas e suas sessões plenárias, transmitidas ao vivo. As entrevistas tinham como objetivo compreender como os próprios ministros do STF encaram o processo deliberativo do qual participam. Como a forma de deliberação e decisão no STF é a mesma há décadas, cada novo ministro se vê, sem grandes possibilidades de variação, compelido a seguir o rito deliberativo ditado pela tradição e pelo regimento interno. Isso não significa, contudo, que todos os ministros encaram seu papel individual em uma instituição coletiva como o Supremo Tribunal Federal da mesma forma. Em outras palavras: as informações a que temos acesso por

Quanto ao terceiro critério, o da decisão escrita e entregue ao público, o precedente formado reflete o modelo *seriatim*, sendo a soma dos votos dos ministros:

quem quiser descobrir por que o tribunal tomou esta ou aquela decisão, especialmente em casos controversos, deverá se entregar a um *tour de force* de alta complexidade para conseguir reconstruir argumentos de cada juiz a partir da sempre confusa transcrição dos debates e votos. E mesmo após fazer isso, dificilmente chegará a fundamentos coerentes (RODRIGUEZ, 2013, p. 108).

Feitas essas considerações críticas, é necessário apontar que, em um ordenamento jurídico como o brasileiro, que esteja realmente comprometido com a formação e a aplicação de precedentes judiciais voltados para a garantia de segurança jurídica, coerência e integridade, a deliberação no Supremo Tribunal deve ser considerada como um entrave a esses objetivos.

Este capítulo alerta: a justificação da vinculação apenas por um critério de autoridade não se sustenta; por outro lado, o modo deliberativo do STF e as dificuldades que ele gera para a formação de precedentes influenciam o grau de vinculação dos precedentes, sendo insustentável a defesa de sua vinculação obrigatória, independentemente das razões que os precedentes carregam e da forma como se constituíram.

Gilberto Andreassa Junior (2021, p. 171), já em uma perspectiva conclusiva do seu trabalho, afirma que “a construção de um sistema de precedentes sugere a reconstrução dos órgãos colegiados, ou melhor, a reconstrução dos atuais métodos de deliberação nos tribunais” e que “a estrutura do procedimento de deliberação dos tribunais brasileiros é incompatível com o sistema de precedentes preconizado, principalmente, pela reforma do Código de Processo Civil”. O autor faz propostas que, segundo ele, poderiam auxiliar na formação de precedentes. A primeira é a elaboração, pelos relatores, de relatórios completos que seriam disponibilizados às partes em momento anterior ao julgamento, o que pode ser realizado por meio de políticas judiciárias instauradas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos próprios tribunais.

Soma-se à melhoria dos relatórios, a elaboração de um “projeto de julgamento” ou de uma “proposta de opinião” e não de um voto completo sem o necessário debate com o órgão colegiado. Esse ponto de uma possível fase pré-deliberativa geraria um diálogo prévio capaz de enriquecer a decisão colegiada (ANDREASSA JUNIOR, 2021, p. 170-173).

Uma outra sugestão do autor é a utilização de um voto único, conhecido como “voto da corte”. Isso poderia amenizar os problemas apresentados, além de gerar força institucional.

---

meio da extrema publicidade a que estão submetidas as atividades dos ministros do STF não são suficientes para compreender o papel que os próprios ministros pretendem desempenhar, tampouco nos dizem o que cada ministro pensa da atual forma de decisão nesse tribunal. Não é factível supor que todos os ministros tenham a mesma compreensão sobre o papel da colegialidade, dos votos divergentes, sobre a função do relator, sobre a importância de um pedido de vista, ou sobre os efeitos da extrema publicidade na prática deliberativa do STF”.

Sobre os votos concorrentes<sup>78</sup>, o autor afirma que a decisão final deveria ser cindida em duas partes: a) decide-se, em uma coleta de opiniões, qual dispositivo (conclusão) deve prevalecer – seguimento, não seguimento, provimento, improvimento ou parcial provimento; b) apenas os que opinaram pelo dispositivo vencedor devem deliberar acerca da fundamentação do acórdão, prevalecendo o entendimento da maioria (ANDREASSA JUNIOR, 2021, p. 176).

A terceira proposta é o que o autor denomina “ponto de esperança”. Trata-se da implementação da votação reservada. Isso porque a hiperpublicidade diminuiria a abertura dos ministros a contra-argumentos e, acima de tudo, a disposição de mudar de opinião, especialmente nos casos de maior repercussão<sup>79</sup>.

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

Com base nesse panorama da justiça opinativa brasileira e de um Supremo Tribunal que é individualista e não cooperativo, características que repercutem na definição dos fundamentos determinantes e, portanto, da *ratio decidendi* dos precedentes, torna-se fundamental promover a participação popular no processo decisório, por exemplo, com as audiências públicas e *amicus curiae*. É essencial, ainda, que o processo constitucional se desenvolva de modo participativo e policêntrico, permitindo-se ampliar a quantidade de opiniões que influem sobre a decisão final, “garantindo-se que a votação que culmina na decisão não resulte apenas na opinião de um pequeno grupo de pessoas” (RODRIGUEZ, 2013, p. 109). Essa participação, com já apontado, será qualitativamente verificada na fundamentação das decisões, pois não basta permitir que os autores participem, sendo essencial que os seus argumentos sejam considerados, seja para acatá-los, seja para refutá-los.

Os precedentes vinculantes são, assim, as decisões das cortes superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, que deverão ser observadas e jamais ignoradas, pelos demais juízes

---

<sup>78</sup> “No que toca às opiniões concorrentes, esta possibilidade não parece ser recomendável no Brasil. Por questões culturais, se tornaria corriqueiro – como efetivamente é nos dias de hoje – a elaboração de opiniões com fundamentos diferentes e que, automaticamente, afetariam o grau de autoridade dos precedentes dos tribunais. Se há divergência com relação aos fundamentos, os magistrados que deliberem – ou aprendam a fazê-lo – e cheguem a um consenso – ou em uma maioria (ANDREASSA JUNIOR, 2021, p. 176).

<sup>79</sup> Sobre a influência do televisionamento nos julgamentos do STF, ver Silva (2013).

e tribunais do país. Esses precedentes vinculantes, porém, não vinculam de forma obrigatória, pois vários são os critérios a serem considerados quando se avalia o grau de vinculação que esses precedentes podem ter. A análise do grau de vinculação tem íntima relação com a segurança jurídica, a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Enfim, a justificação da aplicação dos precedentes pelo critério de autoridade ou institucional parece não constituir a melhor saída para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Afinal, como dotar uma decisão do STF de vinculatividade obrigatória se, em alguns casos, não é possível determinar qual é a decisão final? Como influenciar juízes e tribunais se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF? Pode-se afirmar que o STF é capaz de dar uma resposta clara à sociedade quando decide casos difíceis? (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 26).

## CONCLUSÃO

Para melhor compreender as discussões sobre os precedentes vinculantes no direito brasileiro, foi necessário demonstrar, comparativamente, o desenvolvimento dos precedentes na doutrina do *stare decisis* e na tradição da *common law* e examinar por que a adoção de precedentes no Brasil não necessita de um discurso ético que busque, com base em um critério cultural, fundamentar a obrigatoriedade de seguir decisões dos tribunais superiores, especialmente do STF.

Foi, igualmente, necessária uma incursão nas definições de Estado de Direito e de Estado Democrático de Direito, para demonstrar os modelos ideológicos e suas repercussões no direito processual civil. Assim, tanto o liberalismo quanto o socialismo processual ou neoliberalismo (pseudoprocessualismo) no caso do Brasil foram estudados como etapas anteriores ao modelo constitucional de processo, marcado pela comparticipação e pelo policentrismo. Esse modelo foi adotado como um dos marcos teóricos do trabalho, em razão da possibilidade de ampliação da efetiva participação das partes e da sociedade nas questões constitucionais que podem vir a se tornar precedentes vinculantes.

O modelo constitucional de processo é, ainda, um contraponto às dificuldades deliberativas do STF, critério que foi destacado pela sua forte ligação com a definição da *ratio decidendi* dos julgados que, mesmo em casos unânimes, dificilmente reflete a opinião da Corte Suprema sobre determinada matéria.

O modo como os precedentes vinculantes são vistos pela doutrina processual ocupou papel central no trabalho, demonstrando-se como a abordagem é bem diversa. Porém, o ponto de convergência encontrado entre aqueles que defendem a vinculação obrigatória dos precedentes é a autoridade institucional da Corte, especialmente, do STF, sobre o qual recai a tarefa de dar unidade à ordem jurídica por meio da interpretação da Constituição.

Dentre as sete correntes apresentadas no capítulo 4, destacaram-se as duas que claramente atrelam a vinculação obrigatória dos precedentes à autoridade institucional da Corte. Buscou-se demonstrar, então, a partir dos argumentos desenvolvidos por esses autores, que o critério formal de vinculação dos precedentes é insuficiente para garantir a vinculação dos precedentes, em razão da necessária análise de outros critérios que levam, de outro modo, a uma análise da vinculação gradual dos precedentes. Esses critérios são: a posição hierárquica do tribunal, o dever de fundamentação adequada das decisões, o ramo do Direito envolvido e a

complexidade da causa, a criação da norma do precedente a partir da lei e da presença ou ausência de dissidência.

Entende-se que os precedentes vinculantes são aquelas decisões do STF que deverão ser observadas pelos demais juízes e tribunais, não apenas por um critério de vinculação formal, mas a partir dos outros acima citados. Esses precedentes vincularão, não de forma obrigatória, mas, antes, de maneira gradual. Soma-se a isso o entendimento segundo o qual os precedentes vinculam a partir de sua força gravitacional, ou seja, a partir da força dos princípios que consubstanciam as decisões. É fundamental que haja, portanto, uma efetiva deliberação, uma adequada fundamentação, com a consideração de todos os argumentos trazidos pelas partes. Esses aspectos permitem uma adequada identificação do fundamento determinante da decisão e, portanto, de sua *ratio decidendi*, o que reforça o grau de vinculação do precedente.

A dificuldade institucional do STF para deliberar tendo em vista a formação do entendimento da Corte sobre determinado assunto não deve afastar a sua capacidade de formação de precedentes, mas também não deve ser desconsiderada pela doutrina que defende a vinculação obrigatória dos precedentes.

Por isso, observou-se, desde o início do trabalho, que qualquer defesa da vinculatividade dos precedentes judiciais deve, necessariamente, adequar-se ao modelo constitucional de processo, pois não somente é necessário garantir a participação, mas também é preciso verificar em que medida essa participação foi, de fato, considerada pelos ministros, de modo a conferir legitimidade democrática às suas decisões.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos. Londrina: Toth, 2021.

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. *In*: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195-206.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 342-359, out. 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. *In*: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACEDO, Lucas Buriel de.. (Org.). **Precedentes - coleção grandes temas do novo CPC**, vol. 3. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 425-443.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância em massa. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 169-204

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Do *case law* romano ao *common law*: a origem obscurecida dos precedentes vinculantes. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PIMENTEL, Alexandre Freire; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (org.). **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018. p. 233-258.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 23-50.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo. Unisinos, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.
- BRASIL. Decreto n.º 20.098, de 15 de março de 1999. Disciplina as manifestações públicas em locais que menciona. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, DF, n. 51, 16 mar. 1999. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/36159/Decreto\\_20098\\_15\\_03\\_1999.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/36159/Decreto_20098_15_03_1999.html). Acesso em: 14 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. **DJe**, Brasília, DF, n. 092, 30 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRAVO-HURTADO, Pablo. Recursos ante las Cortes Supremas en el *civil law* y en el *common law*: dos vías a la uniformidad. **International Journal of Procedural Law**, Brussels, v. 2, n. 2, p. 323-339, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo civil: novas tendências** – homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 157-166.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A justiça como procedimento. *In*: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 105-115.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 707-745, maio/ago. 2018.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação para os tribunais superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 255-266, jul. 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: Edusc, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DIDIER JR., Fredie. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 1-8, maio/ago. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n.º 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n. 110, p. 567-590, out. 2014/jan. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/11/1>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; PIMENTEL, Alexandre Freire; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (org.). **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018. p. 205-232.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. rev, atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FILGUEIRAS, Fernando. *Accountability* e justiça. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 261-270.

GÓES, Ricardo Tinoco de. O modelo argumentativo-discursivo de verticalização dos precedentes e sua aplicação à litigiosidade repetitiva: um rápido enfoque sobre a legitimidade. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília, DF: Enfam, 2016. p. 154-167.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**. Vol. 40, N.2, 1930.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. (Trabalho original publicado em 1936).

KELEMEN, Katalin. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. **German Law Journal**, [s.l.], v. 14, n. 8, p. 1345-1371, 2013.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 89-104, jan. 2014.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, set./dez. 2016.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”. **Revista Chilena de Derecho**, [s.l.], v. 33, n. 1, p. 109-124, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41614093>. Acesso em: 10 jul. 2020.

- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. New York: Routledge, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 459-490.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes: o fim da história? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 205, p. 161-188, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509948>. Acesso em: 3 jul. 2020.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2. p. 211-238.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Culture and predictability of the law. **International Journal of Procedural Law**, Brussels, v. 6, n. 1, p. 185-201, 2016a.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-624, jul./dez. 2012.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. *In*: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74.

MESQUITA, Maíra Carvalho de Pereira; COSTA, Mariana Vieira de Mello. Aspectos históricos do contraditório e das provas no processo civil. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PIMENTEL, Alexandre Freire; COSTA FILHO, Venceslau Tavares (org.). **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018. p. 293-318.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Não paginado.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; FREITAS, Marina Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Consultor Jurídico**, 22 nov. 2017.

PASSOS, Daniela Veloso Souza; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O ensino jurídico e o novo Código de Processo Civil: desafios de reforma diante das transformações no sistema jurídico brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2573-2595, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20955/15330>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). **Interpreting Precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 461-480.

PEIXOTO, Ravi. A reclamação como remédio jurídico processual para a superação dos precedentes. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 119-146.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153-184.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios processuais constitucionais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

SCARPARO, Eduardo. Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 141-163, out/dez. 2019. Disponível em: [https://www.academia.edu/41884593/Precedentes\\_s%C3%A3o\\_aplicados\\_por\\_analogia\\_apenas\\_quando\\_s%C3%A3o\\_precedentes](https://www.academia.edu/41884593/Precedentes_s%C3%A3o_aplicados_por_analogia_apenas_quando_s%C3%A3o_precedentes). Acesso em: 10 maio 2021.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SELLERS, Mortimer N. S. The Doctrine of Precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 54, n. supl. 1, p. 67-88, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20454530>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 205-225, jul./dez. 2015a.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Do We Deliberate? If So, How? **European Journal of Legal Studies**, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 209-240, 2017.

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

SILVEIRA, Bruna Braga da. **Litigiosidade repetitiva, processo e regulação**: interações entre o Judiciário e o órgão regulador no julgamento dos casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2021.

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

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. A interdependência entre democracia, bem comum e direitos humanos: contribuições jusnaturalistas. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 15, n. 36, p. 233-267, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/14/17>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: Colônia e Império**. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACEDO, Lucas Buril de.. (Org.). **Precedentes - coleção grandes temas do novo CPC**, vol. 3. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 175-182.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPodivm, 2018.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’). In: NERY JUNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 135-166.

TARUFFO, Michele. International Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 430-467.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

WAGNER, Roy. **A invenção da cultura**. São Paulo: Cosac Naify. 2010.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed., rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.