

Precedentes e argumentação: dificuldades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na fundamentação de suas decisões

Precedents and argumentation: difficulties faced by the Brazilian Supreme Court in the reasoning

Kamila Maria Strapasson¹

Universidade Federal do Paraná, UFPR/Brasil
kamilastrapasson@gmail.com

Estefânia Maria de Queiroz Barboza²

Universidade Federal do Paraná e UNINTER, Brasil
estefbarboza@gmail.com

Resumo

O estudo, tendo como marco teórico Dworkin, a partir de uma revisão bibliográfica, analisa as principais dificuldades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à fundamentação de suas decisões, especialmente no que tange ao uso dos precedentes e da doutrina nos casos difíceis, sugerindo aperfeiçoamentos. Inicialmente, em sede introdutória, destaca a importância da fundamentação das decisões da Corte para o respeito aos precedentes judiciais e para a legitimidade do tribunal. Após, salienta a necessidade de construção de uma argumentação íntegra, trazendo breves apontamentos sobre a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia. Para então, estudar algumas dificuldades enfrentadas pelo STF na fundamentação de suas decisões, as quais perpassam a inexistência de uma linha argumentativa sólida entre as decisões, a tendência de aplicação das decisões anteriores

¹ Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Bacharela em Direito pela mesma instituição de ensino. Pesquisadora do Núcleo Constitucionalismo e Democracia (UFPR). Assistente de Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Paraná. Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Praça Santos Andrade, 50, 3º Andar, CEP 80020-300, Centro, Curitiba/PR, Brasil.

² Professora Doutora no Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná e no Mestrado em Direito da UNINTER. Menção Honrosa no Prêmio Capes de Tese de 2012. Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School (York University). Professora visitante nas Universidades de Toronto (2016) e Messina (2019) Vice-Presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. Co-chair da Seção brasileira do ICON-S. Professora Pesquisadora do CCONS - Centro de Estudos da Constituição. Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Praça Santos Andrade, 50, 3º Andar, CEP 80020-300, Centro, Curitiba/PR, Brasil.

como se regra fossem, o uso de argumentos de autoridade e os impactos da adoção pela Corte de uma argumentação marcada pelo academicismo, beletrismo, maximalismo e cosmopolitismo. Por fim, especialmente com base na teoria de Dworkin, sugere aprimoramentos para a forma de fundamentação das decisões do STF.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Fundamentação, Dworkin.

Abstract

The article, having Dworkin as its theoretical framework, based on a bibliographic review, analyzes the main difficulties faced by the Brazilian Supreme Court (STF) regarding the reasoning of its decisions, especially concerning the use of precedents and doctrine in difficult cases, suggesting improvements. Initially, in an introductory section, it highlights the importance of reasoning for the respect of judicial precedents and for the legitimacy of the Court. Afterward, it supports the need to construct an integrity argumentation, bringing brief notes about Dworkin's theory of law as integrity and his metaphor of the chain novel. Then, it studies some difficulties faced by the STF in the reasoning, which permeate the lack of a solid argumentative line between decisions, the tendency to apply previous decisions as if they were rules, the use of authority arguments and the impacts of the Court's adoption of an argument marked by academicism, belletrism, maximalism and cosmopolitanism. Finally, especially based on Dworkin's theory, it suggests improvements in the Court's reasoning.

Keywords: Brazilian Supreme Court, Reasoning, Dworkin.

Introdução

O STF deve atribuir sentido ao direito por meio da interpretação e o desenvolver em conformidade com as necessidades sociais, guiando as decisões dos tribunais inferiores e o comportamento da sociedade. Nesse âmbito, as decisões do STF devem ser claras, bem fundamentadas e seguidas por seus ministros, uma vez que o respeito aos precedentes da Corte pelas demais instâncias está intrinsecamente ligado à qualidade das decisões e ao respeito das mesmas pelo próprio tribunal.

Nessa conjuntura, diante da complexidade de alguns casos, torna-se necessário justificar as próprias premissas, ao invés de apenas verificar a validade das conclusões diante das premissas (lógica-dedutiva), de modo que a validade da decisão precisa ser demonstrada ao auditório por meio de uma argumentação reforçada (SOUZA, 2013, p. 61). Dessa forma, no contexto de resolução de casos difíceis, cabe ao magistrado explicitar todo o raciocínio que desenvolveu para formar sua convicção, justificando suas premissas, uma vez que é a motivação da decisão que evita o arbítrio judicial e assegura às partes a possibilidade de constatar que seus argumentos foram analisados pela Corte (Cambi e Hellman, 2015, p. 648, 649).

Ainda quanto à importância da fundamentação é preciso destacar que, a representação

democrática do STF é do tipo argumentativo, baseada na aceitação racional de suas decisões pelos auditórios, isto é, sua legitimidade está relacionada à argumentação que embasa as decisões, a qual além da deliberação, também perpassa a qualidade de sua fundamentação (VALE, 2015, p. 45, 91-96). Nesse sentido, a motivação da decisão é um dever do magistrado, que traz legitimidade para decisão, na medida em que permite a avaliação do grau de correção da decisão perante o ordenamento jurídico. Em outras palavras, uma decisão judicial é válida porque é fundamentada em argumentos jurídicos aceitáveis (SOUZA, 2013, p. 45, 46).

Assim, a legitimidade do STF está ligada à qualidade argumentativa de suas decisões. É da argumentação que provém o caráter persuasivo da decisão em relação às partes, à comunidade e aos demais poderes, bem como é a argumentação racional dos ministros que permite um controle pelos cidadãos das decisões (SOUZA, 2013, p. 48, 110).

Desse modo, a qualidade da fundamentação das decisões do STF³ influi no respeito pelas demais instâncias às suas decisões, especialmente nos casos difíceis que demandam uma argumentação reforçada, evita o arbítrio judicial e traz legitimidade às decisões da Corte, permitindo seu controle por parte dos cidadãos.

Nesse âmbito, a importância de uma fundamentação racional das decisões também está intrinsecamente ligada à teoria dos precedentes, na medida em que é essencial para identificação da *ratio decidendi* da Corte, para distinção e superação dos precedentes, bem como para compreensão da decisão pelo público externo. Isto é, o modo como as decisões do STF são fundamentadas impactam diretamente no fortalecimento da teoria dos precedentes no Brasil.

Nesse cenário, considerando a importância da fundamentação das decisões judiciais para o fortalecimento da teoria dos precedentes e para a legitimidade da Corte, o presente trabalho, tendo como marco teórico Dworkin, se atém à análise dos argumentos dos ministros do STF em seus votos escritos, em especial, da forma como são utilizados os precedentes e a doutrina, estudando como o seu manejo pode ser aprimorado.

Para isso, após essa breve introdução sobre a importância da fundamentação das decisões do STF para sua legitimidade e para o fortalecimento dos precedentes judiciais, o estudo ressalta o seu marco teórico, trazendo apontamentos sobre a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia. Para então, expor as principais dificuldades enfrentadas pela Corte no que tange à fundamentação de suas decisões escritas, em especial quanto ao uso dos precedentes judiciais e a forma de argumentação. Nesse ponto, cabe destacar que o trabalho se centra na análise da argumentação da Corte nos denominados casos difíceis, isto é, dos casos em que é insuficiente a mera aplicação subsuntiva de regras, sendo primordial para sua solução a esfera argumentativa.

³ A fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário é uma garantia constitucional, prevista no art. 93, IX da Constituição de 1988, que assegura a fundamentação das decisões sob pena de nulidade. Ademais, o art. 489, § 1º do CPC/ 2015 especifica as situações em que as decisões judiciais não serão consideradas fundamentadas, exigindo o debate sobre a semelhança entre os aspectos fáticos-jurídicos dos casos que justifiquem a aplicação do precedente, bem como que a Corte justifique quando deixe de seguir um precedente, demonstrando sua distinção ou superação. Ainda, o artigo determina, entre outros aspectos, que as decisões judiciais não deverão se limitar a reproduzir atos normativos sem explicar sua relação com a causa, empregar conceitos jurídicos indeterminados sem pormenorizar o porquê de sua incidência no caso, e não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes em tese de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A necessidade de construção de uma argumentação íntegra

A escolha de Dworkin como marco teórico do presente trabalho envolve a pertinência de sua teoria para a compreensão da importância da forma como os juízes decidem os casos⁴, isto é, da argumentação, da fundamentação das decisões e da necessidade de consideração do que foi decidido em casos passados.

Assim, antes de ser realizada a análise sobre os *déficits* de fundamentação das decisões do STF, faz-se necessária algumas digressões sobre a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia.

Nesse aspecto, a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia destacam que cabe aos julgadores interpretar os precedentes, considerando ao decidirem um novo caso a linha argumentativa e os princípios que representem melhor leitura da corrente de decisões, dando continuidade à obra em desenvolvimento.

A integridade demanda que os tribunais reconheçam que o que eles decidiram no passado afeta o que devem decidir no presente (HERSHOVITZ, 2008, p. 104). Segundo Dworkin, o direito como integridade: “nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro” (DWORKIN, 1999, p. 271), sustentando que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, combinando elementos que se voltam para o passado e para o futuro (DWORKIN, 1999, p. 271).

Para o autor, o direito como integridade é interpretativo, é produto da interpretação abrangente da prática jurídica e sua fonte de inspiração. Na decisão de casos difíceis, o direito como integridade pede aos juízes que continuem interpretando o mesmo material, se oferecendo como continuidade e origem das interpretações detalhadas que recomenda (DWORKIN, 1999, p. 272, 273).

Nesse âmbito, o direito como integridade: “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando- se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 294).

Ademais, de acordo com Dworkin, o direito como integridade requer que os juízes reconheçam que o direito: “é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo⁵, e pede-lhes 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” (DWORKIN, 1999, p. 291).

Assim, a interpretação jurídica incluirá características estruturais, exigindo que uma interpretação se ajuste a história doutrinal, bem como questões substantivas, sobre os

⁴ Já no início de seu livro “O império do direito” Dworkin destaca que é importante o modo como os juízes decidem os casos (DWORKIN, 1999, p. 3).

⁵ Para Dworkin: “a justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão de estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu” (DWORKIN, 1999, p. 483).

objetivos sociais e os princípios de justiça (DWORKIN, 2001, p. 241, 242).

Nessa conjuntura, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia para explicar melhor a ideia do direito como integridade (PUGLIESE, 2016, p. 146), sustentando que podemos melhorar a compreensão sobre o direito comparando a interpretação jurídica com a da literatura (DWORKIN, 2001, p. 217).

De acordo com Dworkin podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial com autores e críticos literários, posto que, ao decidir um caso, o juiz introduz um acréscimo na tradição que interpreta, de modo que os futuros juízes se deparam com uma nova tradição que inclui o que foi acrescentado pelo juiz anterior (DWORKIN, 1999, p. 275). Nessa perspectiva, o autor realiza uma comparação entre literatura e direito criando um gênero literário artificial a que denomina romance em cadeia (DWORKIN, 1999, p. 275), em que é sorteado dentro de um grupo de romancistas quem será responsável por cada capítulo do romance, cabendo a cada um acrescentar um capítulo no romance e o encaminhar para o próximo romancista. Cada romancista, com a exceção do primeiro, deve interpretar e criar, na medida em que deve ler tudo que foi escrito para estabelecer o que é o romance criado até então, devendo assumir a responsabilidade de criar um romance único e integrado (DWORKIN, 2001, p. 235, 236, 237).

Em outras palavras, no romance em cadeia um grupo de romancistas escreve um romance em série, em que cada romancista interpreta os capítulos anteriores para escrever o novo capítulo, o qual é acrescentado ao que receberá o romancista seguinte que, por sua vez, interpretará o conjunto para escrever um novo capítulo e assim por diante, devendo cada um criar seu capítulo da melhor forma possível para continuidade do romance unificado (DWORKIN, 1999, p. 275, 276).

Para o autor, a complexidade dessa tarefa reproduz a dificuldade de se decidir os casos difíceis na perspectiva do direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 276). Isto é, segundo Dworkin, decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse exercício literário, sendo a similaridade mais evidente quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento envolve quais regras ou princípios de direito subjazem as decisões anteriores sobre matéria semelhante. Nesses casos, para o autor, cada juiz é como um romancista na corrente (DWORKIN, 2001, p. 237, 238).

Dessa forma, caberia a cada juiz ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado para chegar a uma conclusão sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, como cada romancista formou uma opinião sobre o romance escrito até então (DWORKIN, 2001, p. 238). Para Dworkin: “cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história” (DWORKIN, 2001, p. 238), sendo o trabalho do romancista “continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora” (DWORKIN, 2001, p. 238). Cabe ao romancista interpretar o que aconteceu antes, determinando segundo seu julgamento o motivo das decisões anteriores, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2001, p. 238).

Assim, o direito como integridade requer que o juiz se considere como um autor do romance em cadeia, tomando as decisões de outros juízes em casos afins como parte de uma longa história, a qual tem que interpretar e continuar. A interpretação do juiz deve se adaptar

aos fatos anteriores e os justificar, sendo a interação entre adaptação e justificação complexa (DWORKIN, 1999, p. 286). Cada juiz como romancista deve buscar criar o melhor romance possível, como se a obra fosse de um único autor, considerando o material que recebeu, o que acrescentou e o que seus sucessores serão capazes de acrescentar (DWORKIN, 1999, p. 276).

Nessa conjuntura, Dworkin destaca que a escolha sobre a melhor maneira de interpretar e dar continuidade ao romance não envolve uma total liberdade criativa, nem mesmo uma coerção mecânica do texto (DWORKIN, 1999, p. 281, 282). Para o autor, a opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor para o romance em cadeia: “deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo” (DWORKIN, 1999, p. 285).

Dessa forma, para Dworkin, as proposições de direito são interpretativas da história jurídica (DWORKIN, 2001, p. 219) e pode-se esperar que diferentes romancistas em cadeia tomem decisões diferentes, podendo haver divergências sobre o que significa respeitar o texto do romance (DWORKIN, 1999, p. 285, 286).

Nesse cenário, o juiz pode ter que escolher entre duas teorias sobre o significado da corrente de decisões, devendo decidir qual princípio: “representa a melhor ‘leitura’ da corrente de decisões a que deve dar continuidade” (DWORKIN, 2001, p. 238, 239). No mesmo sentido, para Vojvodic, ao tratar da teoria de Dworkin: “o juiz, tem um dever de continuar a escrita do mesmo romance, com base nos mesmos princípios de fundo, respeitando as mesmas limitações impostas por aqueles que decidiram antes dele” (VOJVODIC, 2012, p. 119).

Nessa perspectiva, para Barboza, em Dworkin, a integridade no direito envolve: a) a visão de que uma decisão deve ser baseada em princípios; b) a aplicação vertical da integridade, segundo a qual cabe ao juiz demonstrar que sua argumentação é coerente com os precedentes e as principais estruturas da Constituição; c) a aplicação horizontal da integridade, de acordo com a qual cabe ao juiz dar ao princípio que embasou sua decisão em um caso anterior a mesma importância em um caso semelhante que vier a decidir (Barboza, 2011, p. 225).

Desse modo, a força gravitacional dos precedentes diria respeito à ampliação de sua força para casos que se situam além de sua órbita particular, não sendo apenas a *ratio decidendi* que vincularia os casos semelhantes no futuro, mas também os princípios que a sustentam (Barboza, 2011, p. 215).

Nesse ponto, a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia demonstram a relevância da consideração pelos ministros do STF, na decisão de um novo caso, da linha argumentativa e dos princípios que embasaram a decisões de casos anteriores, considerando os precedentes como base para o desenvolvimento do direito em novos casos, levando em conta em suas decisões o que já foi decidido no passado e o que poderá ser acrescentado em decisões futuras. A teoria de Dworkin revela o dever dos ministros do STF não utilizarem as decisões anteriores apenas de modo subsuntivo para solução de casos idênticos, mas de aplicarem os princípios que sustentam a *ratio decidendi* dos casos anteriores na solução dos novos casos semelhantes.

Portanto, a teoria de Dworkin do direito como integridade salienta a importância dos ministros do STF continuarem interpretando o mesmo material da prática jurídica, o qual lhes servirá de inspiração na solução de casos futuros, devendo questionar se sua justificação para o novo caso poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse a rede como todo.

Ademais, a metáfora do romance em cadeia ressalta a importância da interpretação das decisões anteriores em casos semelhantes para elaboração da nova decisão, que deve dar continuidade à história, com base no princípio que represente a melhor leitura da corrente de decisões, considerando o que já foi decidido e o que no futuro poderá ser acrescentado.

Nessa conjuntura, após essa breve explicação sobre a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia, o estudo passa a analisar as principais fragilidades encontradas na forma de fundamentação das decisões colegiadas do STF.

Dificuldades enfrentadas PELO STF quanto à fundamentação das decisões

As decisões do STF apresentam diversos *déficits* de fundamentação, uma vez que não há um verdadeiro diálogo entre os precedentes da Corte para formação de uma linha argumentativa e as decisões anteriores costumam ser utilizadas apenas para casos idênticos. Ademais, a doutrina e os próprios precedentes são empregados como argumentos de autoridade, sendo as decisões longas e marcadas pelo academicismo, beletismo, maximalismo e cosmopolitismo. Nessa seara, tendo como marco teórico Dworkin, o presente capítulo estuda tais fragilidades, propondo aprimoramentos.

(a) A inexistência de uma linha argumentativa sólida entre as decisões e a aplicação das decisões anteriores como regra

Primeiramente, em relação ao uso dos precedentes, Vojvodic, Machado e Cardoso sustentam que a análise das decisões do STF demonstra uma dificuldade de se extrair a linha argumentativa das decisões da Corte, não havendo um diálogo entre decisões para formação de um entendimento coerente do tribunal. Para as autoras, a impressão é de que o romance em cadeia proposto por Dworkin é sempre interrompido, não existindo uma continuidade no tempo do processo decisório (VOJVODIC et al., 2009, p. 27).

Nesse ponto, para Souza, a dificuldade do STF proferir decisões coerentes no tempo pode estar relacionada à complexidade existente na delimitação da *ratio decidendi* dos julgados, de modo que, em certos casos, cada ministro confere ao precedente uma interpretação diversa (SOUZA, 2013, p. 148). Ademais, por vezes, os ministros apenas ignoram o precedente da Corte sobre o assunto a ser decidido, sem qualquer preocupação em argumentar sobre a existência de uma distinção do caso em análise com o caso anteriormente decidido.

Nesse âmbito, Vojvodic, a partir de uma pesquisa empírica, analisa como o STF usa suas decisões como precedentes ao exercer sua função de Corte Constitucional em casos envolvendo direitos fundamentais, buscando reconstruir como as decisões do tribunal se conectam, mapeando a citação de precedentes no conteúdo das decisões (VOJVODIC, 2012, p. 118, 127).

Segundo a autora, a partir da organização da citação de precedentes encontra-se não uma linha única que vai da decisão mais antiga até a mais nova, mas um aglomerado de decisões

relativas ao mesmo problema jurídico ou ao mesmo princípio, que se conectam em forma de rede. Conforme Vojvodic, a rede é formada por inúmeras decisões e se torna mais densa ao longo do tempo, pois mais decisões são tomadas sobre o mesmo assunto. Para a autora, a não linearidade se dá porque uma decisão pode ser citada várias vezes por outras decisões, com diferentes graus de distância, não sendo necessariamente constante a utilização das mesmas citações (VOJVODIC, 2012, p. 119-121).

A partir da análise das redes de precedentes do STF, Vojvodic conclui que a referência aos precedentes é um fenômeno constante nas decisões, o que revela uma preocupação dos ministros em fundamentar suas decisões com base na jurisprudência. Contudo, a autora destaca que não é a mera citação do precedente que garante maior coerência na decisão quanto ao conteúdo, dependendo esse fato do modo como o precedente é utilizado na argumentação (VOJVODIC, 2012, p. 123, 160, 161).

Nesse contexto, a autora destaca que a maior parte dos temas pesquisados dentro do âmbito dos direitos fundamentais possuem mapas com uma dispersão de citações. Conforme a autora, essa constatação demonstra que as decisões servem mais como um elemento ilustrativo na fundamentação do que como um parâmetro decisório a ser considerado sempre em relação ao mesmo tema (VOJVODIC, 2012, p. 144, 145). Ademais, o fato de a maior parte das redes serem caracterizadas pela dispersão de citações revela a inexistência de uma jurisprudência organizada em torno de certos precedentes, mas sim em que os nichos de precedentes possuem núcleos separados, sem conexão com grupos construídos anteriormente. Não se sabe a partir da análise quais decisões possuem mais peso, maior centralidade, quanto a pontos de necessário respeito em casos semelhantes (VOJVODIC, 2012, p. 161,162).

Em sentido semelhante, a partir de uma análise empírica de julgados do STF, Abreu e Souza afirmam que não há uma preocupação da Corte em formar cadeias de precedentes, ou seja, um conjunto cronológico de julgados que faça referência aos mesmos precedentes na fundamentação. Segundo os autores, não se estabelece um *leading case*, um centro claro ao qual caberia aos julgamentos posteriores se reportarem. Os casos são citados de forma emaranhada, apoiando-se mutuamente (Abreu e Souza, 2013, p. 67, 71).

Obtendo um resultado semelhante, Bottino e Sganzerla, a partir da análise do caso do mensalão (Ação Penal 470), afirmam que 89% dos acórdãos citados pelos ministros em seus votos tiveram apenas uma menção. Segundo os autores isso demonstraria uma divergência acentuada entre os ministros quanto aos acórdãos que fundamentariam a segurança jurídica do tribunal (Bottino e Sganzerla, 2016, p. 21).

Dessa forma, a partir do exposto, depreende-se que os precedentes do STF não são considerados como um parâmetro decisório a ser sempre levado em conta em relação ao mesmo tema, não sendo possível identificar um diálogo entre as decisões que construa uma linha argumentativa da Corte, inexistindo uma completa conexão entre os precedentes.

Outro problema diz respeito ao fato de que alguns ministros em suas decisões monocráticas ignoram ou contrariam a manifestação do plenário, ou seja, alguns ministros continuam a defender seu entendimento mesmo tendo sido vencidos na decisão colegiada, promovendo um enfraquecimento do STF como instituição (Falcão e Arguelhes, 2017, p. 23,

24). Nesse ponto, não é respeitada a autoridade vertical dos precedentes, uma vez que, diante da conformação institucional da Corte, caberia aos ministros em suas decisões monocráticas respeitarem os precedentes do plenário.

Tal comportamento estimula a fragmentação decisória da Corte, a existência de um mosaico de entendimentos individuais conflitantes. Ademais, encoraja os advogados a tentarem vencer o caso a depender do sorteio do relator, bem como incentiva o desrespeito pelos tribunais inferiores aos precedentes da Corte (PEREIRA e Arguelhes, 2017, p. 128).

Nesse cenário, considerando que a qualidade da fundamentação das decisões judiciais é essencial para identificação da *ratio decidendi* da Corte e para compreensão da decisão pelo público externo, bem como está intrinsecamente ligada à legitimidade das decisões do tribunal e ao respeito dessas pelos tribunais inferiores, é necessário que o STF aprimore seu processo de fundamentação das decisões, especialmente no que tange à argumentação e à vinculação aos precedentes judiciais.

É importante que o STF considere o que foi decidido no passado e se preocupe com os efeitos de sua decisão para o futuro, ciente de que o tema poderá ser retomado em novas rodadas deliberativas. Nesse aspecto, conforme a teoria de Dworkin do direito como integridade e sua metáfora do romance em cadeia, os ministros do STF são responsáveis por interpretar os precedentes de casos semelhantes, buscando suas razões determinantes para resolver os novos casos difíceis, levando em consideração que a fundamentação da sua decisão será a base para solução de casos futuros. Dessa forma, à luz da teoria de Dworkin, como romancistas, cabe aos ministros darem continuidade à história, realizando a melhor leitura da corrente de decisões passadas e buscando uma coerência da decisão atual com os princípios que embasaram as decisões anteriores⁶, considerando o que já foi decidido e o que no futuro poderá ser acrescentado.

Nesse ponto, também é essencial que os ministros respeitem os precedentes da própria Corte em suas decisões monocráticas, para que a *ratio decidendi* de suas decisões seja respeitada pelos demais tribunais, fortalecendo uma visão do STF como instituição perante a sociedade.

Além disso, Vojvodic também analisa o modo como os precedentes são usados na argumentação do tribunal, por meio do estudo do conteúdo de algumas decisões. Nesse estudo, a autora constata que são abundantes os casos em que há a reafirmação da regra estabelecida em um caso anterior, sem a necessidade de generalização para adaptação do conteúdo, pois a situação em análise é muito semelhante ao caso anterior. Usados em situações fáticas muito semelhantes, os precedentes são aplicados como regras legisladas existentes a *priori*, sem uma construção interpretativa. Nesse aspecto, conforme a autora, a utilização dos precedentes com base unicamente no dispositivo parece ser regra no voto dos ministros, sendo o resultado da decisão adotado como forma de justificar o novo caso (VOJVODIC, 2012, p. 165, 171, 173, 174).

Desse modo, para Vojvodic, na maior parte dos casos analisados o precedente é mais

⁶ Conforme Dworkin, cabe ao julgador buscar nos precedentes um esquema de princípios que justifiquem as decisões, e demonstrar que a decisão que irá tomar é compatível com os princípios estabelecidos e, dessa forma, equânime (DWORKIN, 2002, p. 181).

utilizado como um reforço simbólico de correção da posição adotada do que como uma forma de justificação com base em decisões anteriores, uma vez que não são evidenciadas as razões para a analogia entre os casos e as decisões são tomadas como algo dado, sem espaço para interpretação (VOJVODIC, 2012, p. 175, 176). Nesse âmbito, segundo a autora, o modo mais comum dos ministros se referirem aos precedentes é por sua numeração e, em segundo lugar, pela transcrição de ementas, o que demonstra a ausência de preocupação de interpretar o que foi decidido na maior parte dos casos. Os ministros não exploram interpretativamente as alternativas que o precedente pode oferecer (VOJVODIC, 2012, p. 182).

Assim, é comum a fundamentação das decisões apenas com base nas ementas, sem uma análise dos fatos, de modo que determinadas decisões são utilizadas como precedentes em relação a casos que não possuem verdadeira semelhança fática, gerando insegurança jurídica (ZARONI, 2015, p. 301). As ementas são citadas sem levar em consideração a semelhança entre os fatos do caso precedente e do caso a ser decidido, nem mesmo os princípios que embasaram a decisão anterior.

Ainda nesse ponto, conforme Vojvodic, a dispersão de citações em núcleos decisórios distintos encontrada na pesquisa empírica pode ser explicada pela existência de contextos decisórios diferentes. Isso porque, as decisões anteriores são usadas para solucionar casos idênticos, de modo que, quando a decisão anterior não fornece uma regra específica aplicável diretamente ao caso, ela deixa de ser vista como precedente, sendo formados contextos decisórios separados, guiados por diferentes precedentes, dentro de um tema comum (VOJVODIC, 2012, p. 177, 178).

Para Vojvodic, existentes precedentes específicos com base em situações idênticas, não há por que recorrer a outras decisões que tratem do tema de modo mais abstrato, na medida em que esse modo de utilização das decisões anteriores valoriza o acúmulo de posicionamentos idênticos, com a formação de linhas claras de orientação jurisprudencial quanto àquele ponto específico. Todavia, esse modo de utilização das decisões anteriores não explora todas as possibilidades de orientação dos precedentes, pois não se utiliza da interpretação para aplicação dos precedentes em casos não idênticos, sendo as decisões anteriores usadas como ferramenta quase legislativa (VOJVODIC, 2012, p. 177, 178, 181).

Nesse aspecto, à luz da teoria de Dworkin, não estariam sendo exploradas todas as possibilidades de orientação dos precedentes, uma vez que, em sua construção doutrinária, a força gravitacional dos precedentes diz respeito à vinculação de casos futuros fora da órbita particular do caso anterior, os quais envolvam os mesmos argumentos de princípio (Barboza, 2011, p. 215).

Vojvodic questiona então se há também espaço no STF para uma visão interpretativa de precedentes, voltada ao desenvolvimento do direito, ou unicamente para uma jurisprudência de reiteração de decisões passadas em casos idênticos, indagando qual o posicionamento da Corte quando essa se depara com problemas jurídicos em que ainda não há uma jurisprudência consolidada. Nesse âmbito, com o intuito de estudar o uso dos precedentes em casos difíceis, que não possuem uma jurisprudência consolidada, a autora analisa um conjunto de decisões do STF relativas à liberdade de expressão, atestando que, nesses casos, o STF não utilizou os mesmos padrões decisórios e as mesmas premissas, não estabelecendo os limites

da liberdade de expressão de forma coerente (VOJVODIC, 2012, p. 200, 201, 205-207, 219).

A partir da análise, a autora conclui que em casos que não apresentam resposta simples, em que não há a possibilidade de aplicação mecânica de precedentes de casos idênticos, o tribunal acaba decidindo sem um parâmetro decisório, com uma completa liberdade, não considerando o raciocínio desenvolvido em casos precedentes semelhantes. Assim, uma das consequências da utilização dos precedentes apenas em casos idênticos é o STF não reconhecer a existência de precedentes em casos difíceis não decididos anteriormente. Isto é, quando os casos não contam exatamente com os mesmos problemas específicos, o tribunal não reconhece as decisões anteriores como precedentes capazes de influenciar o novo caso (VOJVODIC, 2012, p. 181, 216, 219, 220, 221, 230).

Desse modo, no STF, novas decisões referentes a temas que já foram tratados pelo tribunal em *leading cases* são tomadas sem referência aos precedentes. Isso porque, os precedentes não são vistos como ferramentas por meio das quais o direito é desenvolvido, os argumentos utilizados nos casos anteriores, similares ao discutido, não são considerados como elementos a serem usados no caso em julgamento (VOJVODIC, 2012, p. 221, 223), pois o STF não costuma interpretar a *ratio decidendi* de seus julgados (Mendonça e Gouveia, 2016, p. 6), nem os princípios que lhe deram sustentação.

Portanto, é comum no voto dos ministros o uso dos precedentes em casos idênticos, como se regra fossem, sem a necessidade de uma construção interpretativa e uma análise de seus argumentos e premissas. Mesmo dentro de um mesmo tema, quando a decisão anterior não fornece uma regra diretamente aplicável ao caso, ela deixa de ser vista como precedente, não sendo exploradas todas as possibilidades de orientação dos precedentes. Assim, nos casos difíceis, em que não é possível a aplicação mecânica das decisões anteriores, o tribunal acaba decidindo sem considerar o raciocínio desenvolvido em casos precedentes e os princípios que os embasaram.

Nesse aspecto, a consolidação do STF como Corte de precedentes perpassa a coerência de suas decisões com as decisões passadas, bem como que seus precedentes sejam apontados como marcos argumentativos para o desenvolvimento do direito. Para isso, o STF deve reconhecer como vinculante não apenas o dispositivo dos precedentes, mas os fundamentos determinantes da decisão, com a incorporação de uma visão interpretativa de precedentes em relação aos casos difíceis (VOJVODIC, 2012, p. 229, 231).

Nesse âmbito, nos casos difíceis, os julgadores precisam analisar as razões subjacentes à decisão anterior suficientes para o alcance do resultado, à luz das particularidades do caso anterior. Tais razões, por meio da interpretação, deverão ser moldadas e aplicadas de forma mais restritiva ou abrangente no caso analisado pela Corte, com a extensão ou a restrição da *ratio decidendi* quando o contexto fático analisado atrai a racionalidade do precedente.

Ademais, à luz da teoria de Dworkin, caberia aos ministros demonstrarem que a decisão do novo caso é compatível com os princípios estabelecidos nos precedentes. Deveria existir por parte da Corte uma coerência na aplicação dos princípios e não apenas com a regra anunciada no julgamento de casos anteriores, uma vez que a força gravitacional dos precedentes está relacionada aos argumentos de princípio que lhes dão sustentação (DWORKIN, 2002, p. 139, 180, 181).

Todavia, os ministros não costumam analisar a parte mais abstrata dos precedentes, os seus princípios, limitando-se a examinar os seus aspectos concretos, de modo que acabam por tratar cada caso como um novo caso. Em outras palavras, os julgadores não buscam verificar o que em abstrato se está a decidir, negligenciando a utilização dos mesmos princípios que embasaram a solução de casos anteriores na solução do novo caso, deixando de dar continuidade ao romance em cadeia.

(b) O uso de argumentos de autoridade

Um segundo ponto a ser analisado em relação à fundamentação das decisões diz respeito à utilização pelos ministros de argumentos de autoridade, inclusive no que se refere aos precedentes, os quais normalmente são utilizados sem contextualização.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, os ministros do STF para convencer seus colegas e a audiência externa costumam adotar estratégias semelhantes às dos advogados, não revelando informações contrárias aos seus argumentos, citando doutrinas e precedentes judiciais que confirmam seus entendimentos (SILVA, 2013, p. 576, 577). Nesse aspecto, Zaroni salienta que a lógica advocatícia é vista nos votos dos ministros quando esses citam trechos doutrinários e decisões anteriores de modo aleatório e estratégico, referindo-se apenas àqueles que confirmem sua linha argumentativa, omitindo as posições dissonantes (ZARONI, 2015, p. 212, 216). Assim, nesse contexto, não há uma preocupação dos ministros em retomar precedentes da Corte sobre a matéria e demonstrar as razões para sua eventual distinção ou superação.

Em sentido semelhante, Rodriguez sustenta que nas decisões judiciais no Brasil há a articulação de opiniões, as quais muitas vezes são acompanhadas de citações de jurisprudências e doutrinas sem contextualização ou análise, utilizadas como argumentos de autoridade. Isto é, para o autor, a jurisdição nacional é caracterizada de modo geral por uma fundamentação baseada em argumentos de autoridade, podendo funcionar como argumentos de autoridade a lei, os princípios, os casos julgados, decisões estrangeiras e os conceitos doutrinários (RODRIGUEZ, 2013, p. 64, 66, 89).

De acordo com Rodriguez, na argumentação por autoridade são apresentadas as razões pelas quais a autoridade se convenceu pessoalmente da solução para o caso, prevalecendo a invocação de outras autoridades que argumentam no mesmo sentido da decisão. Nesse âmbito, o autor afirma que a argumentação por autoridade costuma ter a seguinte estrutura textual: 1) elabora-se inicialmente uma tese com base em uma autoridade, como a lei, um doutrinador ou um julgado; 2) após, são invocadas autoridades para corroborar a tese, não importando a coerência entre a lei, os casos julgados e as citações doutrinárias invocadas; 3) por fim, é elaborada uma solução para o caso como se essa fosse óbvia, por ter sido sustentada por todas as autoridades relevantes, em uma manipulação das fontes do direito (RODRIGUEZ, 2013, p. 65, 68, 69).

Em uma argumentação por autoridade, quanto maior for o número de autoridades, maior será a força do argumento. As citações usadas nas decisões objetivam apenas reforçar a tese defendida. Nesse tipo de argumentação, quanto mais pessoas concordarem com uma posição,

mais correta ela é. Ela não precisa demonstrar uma coerência entre a lei, os casos e doutrinadores citados, não se sentindo limitada por um ônus argumentativo. Seu objetivo é convencer o destinatário, importando apenas a obtenção da solução e não seu fundamento (RODRIGUEZ, 2013, p. 59, 62, 87).

Nesse aspecto, segundo o autor, a doutrina não é usada pelos ministros de modo reflexivo com o intuito de auxílio na sistematização do direito, mas aparece nos votos, na maioria das vezes, por meio de citações justapostas de autores diversos, sem uma explicação do porquê da utilização de tais autores. As citações parecem ter a função de evocar a opinião de autoridades que confirmam a tese do julgador (RODRIGUEZ, 2017, p. 260). Da mesma forma, os casos anteriores são citados para reforçar a autoridade de quem profere a decisão e não para reconstruir um padrão de argumentação importante para o caso a ser solucionado (RODRIGUEZ, 2013, p. 94).

Sob o mesmo viés, Abreu e Souza afirmam que os votos dos ministros não analisam detalhadamente os precedentes, apenas sendo enumerados casos ou citadas suas ementas ou trechos que corroboram a argumentação do voto. Segundo os autores, os argumentos dos julgamentos anteriores são descontextualizados e ressignificados em novos contextos (Abreu e Souza, 2013, p. 74, 75).

Nesse sentido, Vojvodic, Machado e Cardoso também destacam que ao utilizarem decisões anteriores, os ministros as citam de forma aleatória, sem uma confirmação de seu conteúdo, ou de modo estratégico, ressaltando apenas decisões que favoreçam sua linha de argumentos (VOJVODIC et al., 2009, p. 27).

Nesse âmbito, ainda cabe salientar que, de acordo com Rodriguez, uma argumentação por autoridade em um caso simples será sucinta, mais focada no resultado do que na justificação. Já nos casos mais complexos, serão invocadas múltiplas autoridades para corroborar a posição do julgador, que apresentará as razões que embasaram sua opinião pessoal ao invés de argumentar em nome da melhor solução possível para o caso, com o desenvolvimento dos argumentos de forma alongada (RODRIGUEZ, 2013, p. 62, 76, 77).

Nesse ponto, segundo o autor, por vezes, não há o desenvolvimento de qualquer argumento que justifique o voto, enquanto, em outros casos, certos argumentos são tomados como evidentes, sem a necessidade de uma maior argumentação ou interpretação. Ainda, em certos casos, pode ser que os ministros transcrevam trechos idênticos dos mesmos doutrinadores e cheguem a conclusões diversas, o que evidencia a falta de contextualização e de discussão sobre os fundamentos da decisão (RODRIGUEZ, 2013, p. 81-84).

Nesse aspecto, o autor sustenta que as decisões tomadas com base em argumentos de autoridade dependem muito mais das pessoas que ocupam a posição de autoridade do que de padrões decisórios que guiam a instituição, de maneira que sua estabilidade ao longo do tempo tem uma tendência a variar conforme a mudança dos juízes individuais (RODRIGUEZ, 2013, p. 67).

Nesse cenário, Rodriguez utiliza o conceito de jurisdição opinativa para se referir às características do Poder Judiciário brasileiro, que reproduz o modelo de raciocínio jurídico baseado na invocação de autoridades. Segundo o autor, a jurisdição opinativa não é constrangida pelos argumentos, e os fundamentos das decisões costumam permanecer em

aberto, havendo a mera agregação de opiniões nas decisões coletivas (RODRIGUEZ, 2013, p. 70).

De acordo com o autor, a jurisdição opinativa fica clara no panorama dos julgamentos colegiados do STF, em que há uma agregação de opiniões, as quais citam diversas leis, doutrinadores e casos, sendo praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de forma racional e unificada. Nesses julgamentos, não há a construção de um texto coerente que amarre todos os argumentos. Ademais, inexistente uma justificativa para escolha de determinadas doutrinas e jurisprudências para a decisão do caso, nem mesmo uma contextualização. Em outras palavras, para o autor, o STF cita doutrinadores e jurisprudências sem construir uma linha de argumentação racional, isto é, sem explicitar o porquê determinado doutrinador ou caso seria relevante para decisão (RODRIGUEZ, 2013, p. 69-71, 76).

Nesse aspecto, segundo o autor, o peso político da decisão pode ser aliviado pela irrelevância da fundamentação para solução final do caso e pela votação por maioria (RODRIGUEZ, 2013, p. 96), na medida em que não é necessária a assunção de um argumento determinante para a decisão perante o público. Conforme Rodriguez, isso pode facilitar a aceitação do julgamento pela esfera pública e tornar mais simples sua futura reforma, uma vez que inexistente uma teia argumentativa, basta a alteração da composição da Corte ou que o placar se modifique para que as decisões possam ser alteradas (RODRIGUEZ, 2017, p. 261, 262).

Portanto, a partir do exposto, depreende-se que é comum que as decisões anteriores e a doutrina sejam utilizadas pelo STF sem uma verdadeira contextualização ou análise, como argumentos de autoridade, sem uma explicitação do porquê determinado trecho doutrinário ou certo caso seria importante para a decisão ou sem a confirmação do conteúdo do julgado. Ademais, não há uma preocupação por parte dos ministros com a superação de precedentes anteriores da Corte, por meio da argumentação, na construção de uma nova decisão sobre a mesma matéria.

Nesse cenário, o modelo de argumentação adotado pelo STF é prejudicial para o fortalecimento da doutrina de respeito aos precedentes. Isso porque a justiça opinativa brasileira é pouco transparente, na medida em que as razões de decidir não são claramente explicitadas pelo tribunal (RODRIGUEZ, 2013, p. 95), dificultando a identificação da *ratio decidendi* e a compreensão dos fundamentos da decisão pelos demais tribunais e pela sociedade.

Ademais, o modelo de argumentação por autoridade não contribui para o fortalecimento dos precedentes porque, no cenário da justiça opinativa, a estabilidade das decisões depende mais da figura pessoal dos juízes envolvidos no julgamento do que da racionalidade da argumentação, de modo que não há um verdadeiro ônus argumentativo para se decidir de forma diferente em casos semelhantes (RODRIGUEZ, 2013, p. 96, 97). Em outras palavras, sem uma base argumentativa sólida, o posicionamento do tribunal tende a variar conforme sua composição se altera e não por meio da superação de seus precedentes, ocasionando insegurança jurídica.

Assim, em relação à argumentação é necessária uma ênfase nas razões de decidir da

Corte. Nesse aspecto, é indispensável que os ministros tenham em mente a busca por decisões coerentes, cujos argumentos sejam universalizáveis⁷, vinculem-se ao ordenamento e sejam compatíveis com seus princípios; decisões íntegras, ou seja, que não realizem distinções injustificadas entre os casos e promovam o diálogo entre a decisão e os precedentes; e decisões estáveis, isto é, prudentes, que demonstrem a existência de uma melhor solução para o caso (PUGLIESE, 2016, p. 193-196).

Também quanto a esse ponto, é essencial que os ministros contextualizem a doutrina e os precedentes utilizados, demonstrando o porquê e em que medida seriam aplicáveis ao caso. Ademais, é importante que os ministros se preocupem em construir uma argumentação concatenada, rebatendo argumentos contrários trazidos no processo e pelos votos dissidentes e concorrentes, permitindo que os demais tribunais e o público externo identifiquem as principais razões que embasaram a decisão e trazendo aos interlocutores a percepção de que seus argumentos foram levados a sério.

(c) O academicismo, o beletrismo, o maximalismo e o cosmopolitismo

Além disso, em terceiro lugar, o academicismo, o beletrismo, o maximalismo e o cosmopolitismo são elementos institucionais internos do Poder Judiciário que podem interferir nas decisões do STF (Mello, 2014, p. 268).

Nesse âmbito, Mello explica que o direito no Brasil tem suas raízes no sistema romano-germânico, herdado de Portugal. Na colônia, os juristas eram a elite intelectual, possuíam altos cargos públicos e mantinham o poder colonizador da metrópole. O conhecimento, com uma característica personalista e decorativa, elevava seu titular acima dos demais. Assim, o prestígio dos juristas estava ligado às suas referências às obras literárias, às teorias estrangeiras e a sua linguagem rebuscada⁸, incentivando um comportamento academicista e beletrista, isto é, o gosto por citações científicas e acadêmicas e por referências literárias e filosóficas, que demonstrassem conhecimento técnico e cultura pelos julgadores (Mello, 2014, p. 231, 233, 234, 268).

Ainda, segundo a autora, a inclinação do STF para o maximalismo nos casos relevantes é notória. Para a autora, há uma tendência dos ministros, principalmente nos casos mais relevantes, utilizarem categorias abstratas, princípios gerais, bem como citações acadêmicas e literárias, produzindo decisões genéricas e abrangentes⁹. Nesse âmbito, a autora destaca que tal posicionamento dos ministros é natural, uma vez que foi a capacidade de ampla dissertação e demonstração de conhecimentos que os destacou como detentores de notável saber jurídico, que os valorizou como profissionais. Isto é, tendo em vista a cultura jurídica

⁷ Universalizáveis uma vez que o enfoque do STF como Corte de precedentes não é na resolução do caso concreto, mas na formulação de decisões com uma *ratio decidendi* vinculante para casos futuros.

⁸ Para Rodriguez, após o televisionamento, alguns ministros vêm buscando tornar seus votos mais compreensíveis ao público em geral, utilizando ao lado de argumentos técnicos explicações mais simples (RODRIGUEZ, 2017, p. 259).

⁹ Mello explica que as decisões podem ser consideradas minimalistas quando o julgador se atém a apreciar as questões estritamente necessárias para solucionar o caso, evitando formulações teóricas genéricas. Já as decisões maximalistas seriam aquelas que não se limitam a solução da demanda, se pautando por uma abordagem ampla da matéria, utilizando argumentos genéricos e principiológicos, e podendo definir critérios relativos a casos futuros (MELLO, 2014, p. 212, 213). Todavia, não é objeto do presente trabalho uma análise pormenorizada da matéria, a qual perpassa a teoria de Cass Sunstein.

brasileira, se espera de um bom ministro exposições teóricas amplas, profundas e em muitas laudas. Ademais, conforme a autora, a inclinação ao maximalismo pode também ser influenciada pela publicidade dos julgamentos e o próprio controle abstrato de constitucionalidade pode ser considerado um convite aos ministros para que realizem reflexões genéricas e abrangentes (Mello, 2014, p. 237, 238, 242, 243).

Dessa forma, de acordo com Mello, a inclinação do STF para o maximalismo é revelada, nos casos mais relevantes, pela abordagem dos ministros que tende a ser ampla, a fazer o uso de princípios e, muitas vezes, a estabelecer entendimentos além da matéria em exame e que antecipam a decisão de casos futuros. Segundo a autora, tal abordagem maximalista¹⁰ pode ser um recurso estratégico para que o direito avance em determinada direção (Mello, 2014, p. 240).

Em sentido semelhante, Leite e Brando, também explicitam que é comum que os ministros apresentem votos longos, com elevado grau de abstração das discussões constitucionais (Leite; Brando, 2016, p. 151). Nesse aspecto, segundo Silva, uma possível justificativa para a escrita das opiniões separadas e longas dos ministros é o fato de os ministros, por vezes, escreverem seus votos antes de saber a decisão do relator, não podendo simplesmente concordar com uma opinião que desconhecem (SILVA, 2013, p. 578-580).

Nesse contexto, conclui-se que, nos casos difíceis, há uma tendência da Corte proferir decisões longas, com amplas citações acadêmicas, referências literárias e filosóficas, o que pode dificultar a identificação da *ratio decidendi* do julgado se os diferentes votos não dialogarem entre si nas decisões colegiadas. Ademais, a abordagem maximalista, com a utilização de categorias abstratas e princípios gerais nos casos relevantes, por um lado, pode ser explicada pela tendência de a Corte não considerar o raciocínio desenvolvido em casos precedentes nos casos difíceis, recorrendo a tais argumentos. Contudo, por outro lado, a tendência dessas decisões estabelecerem entendimentos além da matéria em exame conflita com a forma com que os precedentes são utilizados pela Corte, na medida em que não é comum um diálogo entre as decisões que construa uma linha argumentativa do tribunal.

Ainda, para Mello, quanto ao cosmopolitismo, na fundamentação das decisões os ministros costumam fazer uso do direito internacional e do direito estrangeiro (Mello, 2014, p. 243).

Nesse ponto, segundo Mendes, um tribunal constitucional pode aumentar sua capacidade deliberativa ao se envolver com o direito comparado. Isso porque, conforme Mendes, com a realização de comparações é possível um entendimento mais profundo sobre o direito nacional, com a formulação de críticas sobre ele, o que pode levar a um aprimoramento. Ademais, para o autor, a comparação leva ao reconhecimento de que somos parte de uma

¹⁰ Sobre a matéria, Bustamante afirma que podem ser considerados *obiter dicta* abusivos aqueles que: “não têm o efeito de apenas fixar uma doutrina ou expor os princípios gerais sob os quais se funda a jurisprudência da corte e nem meramente de antecipar possíveis mudanças jurisprudenciais, mas de se pronunciar sobre questões acerca das quais os juízes não deveriam ou não poderiam se pronunciar de maneira legítima”, interferindo “indiretamente na atuação de outros agentes públicos em situações em que se esperaria do Judiciário uma posição de árbitro imparcial”. Para uma análise aprofundada do assunto, consultar: BUSTAMANTE, T. da R. de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 707-745, set. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77117/73923>>. Acesso em: 02/01/2020, p. 708, 726-732.

única comunidade, com dilemas semelhantes (MENDES, 2013, p. 189-193).

Nesse âmbito, para Mello, o uso do direito comparado no STF pode ter sido influenciado pelo fato de que o sistema romano-germânico foi desenvolvido por universidades de países europeus como um modelo de direito comum a toda Europa, não sendo estranho a esses países o uso de reflexões transnacionais, bem como pela colonização portuguesa ter incentivado uma atitude beletrista, com a valorização de conteúdos estrangeiros. Ainda, conforme a autora, essa característica também pode ser explicada devido a diversos institutos do direito constitucional brasileiro terem inspiração no direito estrangeiro, e pela Constituição de 1988 trazer destaque ao direito internacional no âmbito dos direitos humanos (Mello, 2014, p. 243, 244).

Nesse contexto, atualmente, os votos dos ministros do STF contam com uma relevante quantidade de citações de doutrinas e fontes jurídicas estrangeiras, especialmente em casos mais complexos nunca apreciados pela Corte, em que as decisões possuem uma considerável profundidade analítico teórica. Isso se torna possível pelas equipes qualificadas de assessores nos gabinetes dos ministros, pela facilidade de pesquisa de fontes jurídicas com a internet e de troca de informações com instituições jurídicas nacionais e estrangeiras (VALE, 2015, p. 305, 306).

Assim, é comum na fundamentação das decisões a citação de doutrinas e fontes jurídicas estrangeiras. Todavia, conforme destaca Rodriguez, as teorias do direito estrangeiro também são normalmente incorporadas aos votos como argumento de autoridade (RODRIGUEZ, 2017, p. 265).

Ainda nesse aspecto, segundo Cardoso, no STF, a doutrina e jurisprudência de outros países trazidas nos votos dos ministros nos casos mais polêmicos são manejadas apenas como *obter dictum*. Em outras palavras, o direito comparado não costuma ser o argumento nuclear da decisão, constituindo-se como um reforço valioso, mas complementar (Cardoso, 2010, p. 475, 476, 486).

Em sentido semelhante, a partir da análise de acórdãos sobre o tema da liberdade de expressão no STF, Lois e Marques concluem que, na fundamentação das decisões, os ministros se valem estrategicamente de experiências constitucionais estrangeiras, não costumando justificar o porquê utilizaram tal aparato. Para eles, o arcabouço comparatista é utilizado como material acessório e retórico, complementando com exemplos os votos (Lois e Marques, 2015, p. 35, 44, 45, 50).

Segundo os autores, o STF realiza um uso *soft* do constitucionalismo comparado, uma vez que as referências estrangeiras não são vistas como argumentos normativos, mas como elementos aptos a reiterar os objetivos traçados em seus votos. Ainda, conforme os autores, os ministros em escassas ocasiões se empenham em situar as referências de direito comparado no seu ambiente normativo originário e em localizar o material na esfera fática em que se encontrava. Assim, para Lois e Marques, o modo como as referências estrangeiras vêm sendo utilizadas pelo STF diminui a possibilidade de contribuição do material e obstrui a possibilidade de controle da função judicante, abrindo margem para decisões arbitrárias (Lois e Marques, 2015, p. 51, 52, 59).

Sob o mesmo viés, Rosenblatt e Andriani, a partir da análise de decisões do STF em

matéria tributária, apontam que é comum a realização de transplantes jurídicos, com referência a argumentos estrangeiros descontextualizados e citações aleatórias. Segundo os autores, a citação de argumentos estrangeiros não deveria ser usada como uma forma de demonstrar erudição, mas para o aperfeiçoamento do direito brasileiro a partir de abordagens diferentes sobre um mesmo tema (ROSENBLATT e ANDRIANI, 2018, p. 712, 713).

Ainda quanto ao direito comparado, considerando o trabalho autônomo e individualista de cada ministro e seu gabinete na elaboração do voto, pode ocorrer que cada ministro use livremente doutrinas e fontes jurídicas estrangeiras diversas das utilizadas pelos demais ministros (VALE, 2015, p. 306). Dessa forma, segundo Vale, do modo como é adotado o modelo *seriatim* pelo STF, a citação da doutrina e de fontes jurídicas estrangeiras pode levar a um problema de coerência argumentativa. Isso porque, o texto final poderá ser composto por múltiplas razões, baseadas em diferentes fontes de diversos países, que podem ser contraditórias entre si. Nesse contexto, pode não se tornar possível a identificação do argumento que constitui a *ratio decidendi* da decisão. Desse modo, para o autor, a prática de citação da doutrina e da jurisprudência estrangeira na Corte não pode ser realizada como um mero transplante, devendo possuir pautas metodológicas claras (VALE, 2015, p. 131, 133, 308).

Portanto, o direito comparado também é utilizado no STF como argumento de autoridade, sem a devida justificação, de maneira descontextualizada, como um material acessório para confirmar a posição do julgador. Nesse aspecto, o modo como o direito comparado é usado, assim como os demais argumentos de autoridade, contribui para uma falta de transparência nas decisões e para insegurança jurídica. Ademais, considerando o peculiar modelo de decisão *seriatim* da Corte, a citação de diversas doutrinas estrangeiras por cada ministro pode levar ao problema de uma falta de coerência na decisão.

Nesse cenário, em relação à tendência às decisões longas, marcadas pelo academicismo e beletrismo, é oportuno que os ministros busquem a redação de decisões claras, que contenham as informações essenciais para resolução da questão jurídica, explicando a importância das citações científicas e acadêmicas e das referências literárias e filosóficas para solução do caso, bem como que tenham em mente que a longa extensão da decisão não é necessariamente uma condição para sua qualidade e que essa precisa ser inteligível por um público mais amplo do que o dos juristas. Ademais, é preciso que os ministros adotem uma metodologia clara em relação ao uso do direito comparado, para que esse não seja apenas utilizado como um argumento de autoridade.

Conclusões

A qualidade da fundamentação das decisões do STF traz legitimidade às decisões da Corte e está estritamente relacionada ao respeito pelas demais instâncias aos seus precedentes judiciais.

Contudo, a Corte ainda enfrenta algumas fragilidades no que tange à fundamentação de suas decisões nos casos difíceis. Nesse aspecto, as decisões anteriores costumam ser aplicadas

como se regra fossem, em casos idênticos, sem espaço para interpretação, de modo que, nos casos difíceis, em que não é possível essa aplicação mecânica das decisões anteriores, a Corte não considera o raciocínio anteriormente desenvolvido em casos semelhantes, sendo comum nesses casos o uso de categorias abstratas e princípios gerais. Ademais, nos casos difíceis não há um diálogo entre as decisões da Corte que permita a extração de uma linha argumentativa a ser sempre considerada em relação às decisões sobre o mesmo tema.

Também é comum que os ministros não revelem em seus votos a existência de precedentes contrários aos seus argumentos, a serem superados, bem como é comum que utilizem o direito comparado, a doutrina e as decisões anteriores sem uma contextualização ou análise, como argumentos de autoridade. Além disso, o peculiar modelo de decisão *seriatim* da Corte, associado à tendência a decisões longas, marcadas pelo academicismo e o beletismo, podem levar a uma dificuldade de identificação da *ratio decidendi* da decisão.

Nessa conjuntura, à luz da teoria de Dworkin, é preciso o respeito pelos acórdãos à linha argumentativa e aos princípios que representem a melhor leitura da corrente de decisões passadas, dando continuidade ao romance em cadeia, a partir dos princípios que embasam a *ratio decidendi* dos casos anteriores. Ademais, cabe aos ministros explorarem interpretativamente os precedentes, os aplicando aos casos semelhantes e não apenas idênticos, realizando a extensão ou a restrição da *ratio decidendi*.

Ainda, é necessária a contextualização e análise da doutrina, dos precedentes e do direito comparado pelos ministros, com a construção de uma fundamentação concatenada, que rebata os principais argumentos, constituindo uma base argumentativa sólida, que facilite a identificação da *ratio decidendi* e proporcione aos interlocutores a percepção de que seus argumentos foram considerados. Por fim, é preciso que os ministros busquem redigir decisões claras, com as informações essenciais para resolução da controvérsia, explicando a importância suas citações e referências para decisão, e que fixem uma metodologia em relação ao uso do direito comparado.

Bibliografia

- ABREU, L. E.; SOUZA, L. M. O golpe e os marinheiros: notas sobre o uso à brasileira da jurisprudência no STF. *Universitas IUS*, v. 24, n. 3, p. 63-75, 2013.
- BARBOZA, E. M. de Q. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 264 p. Tese (Doutorado em direito) - PUCPR, Curitiba, 2011.
- BOTTINO, T.; SGANZERLA, R. B. 2016. O que os ministros do STF citam nos seus votos? Uma análise do julgamento da ap 470 (mensalão). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **118**:185-212.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2018. Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *Revista Direito GV*, **14**(2):707-745.
- CAMBI, E.; HELLMAN, R. F. 2015. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: F. Didier Jr. et al (coord.). *Precedentes*. Salvador, Editora Juspodivm, 780 p.

(Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

CARDOSO, G. V. 2010. O direito comparado na Jurisdição Constitucional. *Revista Direito GV*, 6(2):469-492.

DWORKIN, R. 2002. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes.

_____. 1999. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes.

_____. 2001. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes.

FALCÃO, J.; ARGUELHES, D. W. 2017. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: Falcão, J.; Arguelhes, D. W.; Recondo, F. (org.). *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio.

HERSHOVITZ, S. 2008. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, S. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York, Oxford University Press.

LEITE, F. C.; BRANDO, M. S. 2016. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 48:139-166.

LOIS, C. C.; MARQUES, G. L. 2015. O Supremo Tribunal Federal e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, 47:32-63.

MELLO, P. P. C. 2014. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 477 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MENDES, C. H. 2013. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford, Oxford University Press.

MENDONÇA, J. A. de C.; GOUVEIA, L. G. de. 2016. A forma de julgamento dos Tribunais Superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos. *Revista de Processo*, 260:327-351.

PEREIRA, T.; ARGUELHES, D. W. 2017. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes do STF. In: Falcão, J.; Arguelhes, D. W.; Recondo, F. (org.). *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio.

PUGLIESE, W. S. 2016. *A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade*. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

RODRIGUEZ, J. R. 2017. Como Decidem as Cortes? Algumas Palavras sobre o Papel do Direito e da Doutrina no Brasil. In: A. Febbrajo; F. R. de S. Lima; M. Pugliesi (coord). *Sociologia do Direito: Teoria e Práxis*. Curitiba, Editora Juruá.

_____. 2013. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro, Ed. FGV.

ROSENBLATT, P.; ANDRIANI, L. T. 2018. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, 20(122):691-715.

SILVA, V. A. da. 2013. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3):557-584.

SOUZA, C. B. M. de. 2013. *Os argumentos que justificam as decisões do STF – critérios relevantes para o seu controle*. 164 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Federal do

Paraná, Curitiba.

VALE, A. R. do. 2015. *Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 415 f. Tese (Doutorado em direito) - Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Brasília-Alicante.

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

VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. 2009. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, 5(1):021-044.

ZARONI, B. M. 2015. *Deliberação e julgamento colegiado: Uma análise do processo decisório do STF*. 392 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

Submetido: 25/02/2021

Aceito: 25/07/2023