



Superprecedentes

SUPERPRECEDENTS

*Siddharta Legale*¹

Resumo

Este artigo aborda o conceito de superprecedentes, que, em linhas gerais, é resultado de uma vinculação jurídica e cultural aos precedentes que tornam a sua superação difícil em razão das redes sociais que sustentam os seus argumentos e significados. Isso complementa a classificação tradicional dos precedentes em vinculantes intermediários e persuasivos, de modo a possibilitar pensar a autoridade dos precedentes não apenas como uma escolha normativa, mas também como um processo de deliberação cultural e institucional.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; precedentes; instituições e cultura.

Abstract

This paper discusses the concept of superprecedents. There are, in general, the result of a legal and cultural binding to precedents that make it difficult to overruling due to the social networks that support their arguments and meanings. It complements the traditional classification of precedents in intermediate and persuasive binding, in order to enable the thought on the authority of the precedent not only as a normative choice, but also as a process of cultural and institutional deliberation.

Keywords

Judicial Review; Precedents; institutions and culture.

INTRODUÇÃO

O que é um superprecedente? Quais são as características que permitem que sejam identificados? No contexto norte-americano, o debate tornou-se público quando se começou a fazer referência ao *super-stare decisis*, à “supervinculação” do caso *Roe. vs. Wade*, de modo que, academicamente, os professores Richard A. Posner e William M. Landes e, posteriormente, Bruce Ackerman, Michael Gehardt, Michael Sinclair e outros deram continuidade aos debates e estudos sobre o tema (GEHARDT, 2008, p. 177).

No Brasil, são muito raros os debates a respeito dos superprecedentes (LEGALE, 2014). Mais do que isso, ainda existe uma profunda necessidade de refletir sobre as formas de vinculação do precedente à vida política e social em uma cultura de precedentes para além da vinculação jurídica às decisões, em outras palavras, sobre a sua efetividade (BARROSO, 2012, p. 57-97). Para entender o que seria uma cultura de precedentes, destaca-se a noção de cultura em uma perspectiva interdisciplinar. Não pretendemos aprofundar o conceito do ponto de vista sociológico e antropológico. Basta, para a finalidade deste artigo, uma visão geral que concebe a cultura como uma “teia de significados” construída de forma interpretativa (GEERTZ, 2012, p. 4-10) e fundamentada, de modo que tais significados passem a ser partilhados social e institucionalmente.

O *mainstream* do debate sobre precedentes no Brasil ainda não refletiu de forma mais detida sobre uma vinculação não exclusivamente normativa aos precedentes a essa cultura de precedentes, embora existam exceções (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 38 e ss.)¹ A partir dessa noção, passa a se compreender os precedentes como um modo de construir e/ou publicizar significados e argumentos não apenas para as instituições judiciais, mas também para as instituições sociais e políticas. Ainda assim, o tema ganha importância após a decisão da Rcl 4.335,² especialmente do voto do Min. Teori Zavascki. O caráter expansivo da

...

1 Existem alguns apontamentos nos livros e artigos sobre a relação entre cultura e precedente, mas esse *insight* ainda fica mais no plano do papel representativo do tribunal incorporando argumentos da esfera pública em seus votos. Um dos mais interessantes exemplos nesse sentido pode ser conferido em Vojvodic, Machado e Cardoso (2009, p. 38 e ss.).

2 A **Reclamação 4.335** foi ajuizada em 2006 pela Defensoria Pública da União (DPU) contra decisão do Juiz da Vara da Comarca de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime formulado em favor de condenados pela prática de crimes hediondos a penas de reclusão a serem cumpridas em regime integralmente fechado. Considerou que a redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 teria ofendido a decisão do STF no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo. Não se pretende discutir aqui o mérito do HC ou os detalhes sobre as modificações na legislação penal. A questão pertinente versa sobre a possibilidade de invocar, em sede de reclamação, o descumprimento dos efeitos de uma decisão proferida no âmbito do controle difuso nesse HC. Três correntes formaram-se no STF a propósito da mutação do texto do artigo 52, X, da CF: (i) conferir à decisão do Senado efeito de mera comunicação aos demais poderes, passando as decisões no controle difuso a ter efeito vinculante

das decisões do STF, mesmo em controle difuso, foi reconhecido expressamente na argumentação do Ministro, segundo o qual há “um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos”. Note-se, porém, que o primeiro plano ainda pertence ao sistema, aos tribunais e aos processos análogos. A argumentação que se espraia também ao terreno moral, político e social permanece um tema pouco ou não explorado no STF, uma das principais arenas relacionadas ao tema no Brasil.

Para tratar da questão, dividimos o artigo em três partes: (i) breves reflexões sobre a relação entre *civil law* e *common law*, encampando a tese da viabilidade de uma teoria unitária do precedente entre ambos; (ii) espécies de precedentes, em que são trabalhadas as espécies tradicionais (horizontais, verticais, vinculantes, intermediários, persuasivos), bem como alguns conceitos operacionais relacionados ao instituto (ex.: *ratio decidendi*), destacando a importância de pensar a relação entre as instituições e os precedentes como uma dinâmica que pode aumentar a sua força ou fragilizá-los; e (iii) as características e os conceitos dos superprecedentes, resenhando especialmente a literatura norte-americana sobre o tema e, na medida do possível, identificar elementos de uma transformação em direção a construção de cultura de precedentes no Brasil.

Por se tratar de um conceito pouco debatido, o simples fato de chamar atenção para necessidade de debater a vinculação cultural – e não apenas normativa – ao precedente já produzirá um importante efeito positivo na literatura nacional sobre o tema, ainda que se possa discordar da possibilidade de sua aclimação do conceito de superprecedente. Note-se que o objetivo central do texto é mais modesto do que uma aclimação perfeita e acabada. Consiste apenas em fornecer indícios e subsídios para pensar as formas de vinculação não exclusivamente jurídicas aos precedentes, por meio de uma exploração dos fundamentos teóricos, sociológicos e filosóficos dos precedentes para além de suas questões técnicas sobre a sua análise e aplicação.³

...

(ministros Gilmar Mendes e Eros Grau); (ii) manter o teor do artigo 52, X, diante da impossibilidade de alteração do seu texto, (ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski); e (iii) desconsiderar a questão da mutação, porque, mesmo reconhecendo um efeito expansivo dos precedentes, com a posterior edição posterior da Súmula Vinculante 26 que possui efeitos vinculantes, seria possível julgar procedente a reclamação sem ultrapassar a literalidade do artigo 52, X (Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello). Acabou por prevalecer esse efeito ultrapartes da decisão com efeito expansivo. STF, Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, *DJe* 21/10/2014.

3 Importante avanço nesse sentido tem sido desenvolvido ao se incorporar a moderna teoria da argumentação para pensar os precedentes também de forma pós-positivista. Nessa linha, por ex., tem se proposto que, quando for possível citar um precedente, se deve fazê-lo e para afastá-lo se tenha um ônus argumentativo

I REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO BRASIL:

TRANSFORMAÇÕES NA CULTURA INSTITUCIONAL DOS PRECEDENTES

Sempre houve um maior ou menor diálogo entre as culturas, sistemas, famílias ou tradições⁴ *common law* e *civil law*, mas, modernamente, esse intercâmbio de ideias e precedentes se aprofundou no mundo em geral e, em particular, no Brasil. Assim como o “precedente” não é um monopólio do *common law*, também as leis não são exclusividade da *civil law*. Em ambas as tradições, as duas fontes do direito podem ser encontradas e possuem maior ou menor importância e influência, dependendo do momento histórico e do contexto sociopolítico e econômico (CRUZ E TUCCI, 2004). A seguir, pretende-se expor uma visão geral de alguns pressupostos teóricos importantes para uma melhor compreensão dessa simbiose, que tem contribuído para a construção de uma cultura de precedentes, destacando do precedente o seu contexto, conceito, espécies, elementos e formas de aplicação.

René David divide a família romano-germânica em três momentos, quais sejam, o período consuetudinário de base romana; o período legislativo com as codificações; e o período de expansão para além da Europa. Já a formação do *common law* inglês, também segundo René David, pode ser dividido em quatro fases: (i) o período de conquista normanda de 1066; (ii) o período daí até a dinastia dos Tudor em 1485; (iii) a *equity*; e (iv) a lei de organização do Judiciário de 1873. Completando a linha histórica, poderíamos dizer que a aplicação *Human Rights Act* de 1998 inaugurou uma nova etapa do modelo inglês.

Já nos Estados Unidos é comum a divisão nas seguintes fases do direito a partir dos períodos: Era Lochner, Corte Warren, Corte Burger, Corte Rehnquist e Corte Roberts, ou seja, estudando os momentos históricos a partir da figura do Chief Justice da Suprema Corte norte-americana (BARROSO, 2014). Em cada uma dessas fases, percebe-se uma maior ou menor interlocução entre *common law* e *civil law*. Não desejamos pormenorizá-las por ora, seja pela existência de excelentes trabalhos sobre o tema, seja pelo recorte do objeto do texto.

...

maior (ALEXY, 2001, p. 258 e ss.). Entre nós (BUSTAMANTE, 2012, p. 2 e ss.). Para uma revisão crítica da teoria de Robert Alexy, sugerindo uma revisão do código de razão prática, especialmente quanto aos aspectos institucionais e não institucionais de sua argumentação, vale conferir o cap. 3 (BUSTAMANTE, 2005, p. 139 e ss.).

4 Não desejamos reproduzir a batalha terminológica por não considerar necessário a este artigo discorrer sobre qual seria a expressão para designar a questão. Usando o termo “sistemas e famílias constitucionais” (MIRANDA, 2003, p. 103 e ss.). Optando pela expressão sistema (DAVID, 1996). Optando pela expressão “sistema”, embora adotando uma perspectiva teoricamente mais complexa sobre o que seria “sistema” (LOSANO, 2007; 2010, p. 135-268). Mais modernamente tem se optado pelo termo “tradição”, sob o fundamento de que sistema confere uma ideia de ordem e unidade mais associada a um ordenamento jurídico em particular. Nesse sentido, Glen (2010).

O viés processual costuma apontar a distinção entre processo oral que se poderia falar no *common law* e o processo escrito na *civil law*, que não é bem verdade. É fácil perceber que no processo de *common law* se encontram inúmeros atos escritos, como a *equity*, não menos que na *civil law*. O mesmo se percebe quando se fala de um processo adversarial no *common law* e o processo inquisitivo na *civil law*. No *common law*, a figura ativa do juiz é cada vez maior e não a de um árbitro passivo, enquanto na *civil law*, os processos procuram o suficiente por meio do contraditório.

A jurisprudência como uma das fontes do direito é elemento comum de muitos ordenamentos jurídicos ocidentais. A qualidade e os efeitos atribuídos a essa fonte são diferentes por conta das escolhas institucionais e culturais de forma datada e contingente. O peso com que atuará em cada ordenamento varia de local para local e de época para época. Ainda assim, tem sido bastante utilizado para traçar uma das distinções mais importantes entre *civil law* e *common law*. O último modelo supostamente seria aquele que daria máxima importância às decisões judiciais, considerando-os elementos irradiadores de normas, por meio, por exemplo, de um sistema de vinculação às decisões (*stare decisis*). Já na *civil law*, também supostamente a lei teria máxima importância, atuando as decisões judiciais eminentemente como fonte de interpretação dessa.

Historicamente, entretanto, essa diferença vincada é mais uma suposição do senso comum jurídico do que uma realidade. Os dois modelos não se desenvolveram de forma estanque. Pelo contrário, mantiveram constantes diálogos e intercâmbios, como bem sustentado em tese de doutorado pelo prof. Thomas da Rosa Bustamante, que esclarece a existência do mesmo fundamento do direito jurisprudencial no *common law* e no *civil law* com a possibilidade de que haja uma única teoria dos precedentes para ambas.⁵

Concordamos com a tese tanto porque a experiência inglesa e a americana em determinados períodos deram importância elevada à norma escrita e valorizam o poder do parlamento quanto pelo fato de, na *civil law*, o sistema romano-germânico ter uma origem casuística, dando relevância ao caso concreto e não à norma abstrata. Concordamos também com a viabilidade de uma tese unitária da teoria do precedente pelo fato de existirem precedentes vinculantes de fato (ou de direito) não apenas nos países do *common law*. Na tradição da *civil law*, também há precedentes vinculantes, como as decisões da Corte Constitucional alemã (PECZENIK, 1997, p. 461) posteriores a Lei fundamental de 1949. Justamente por isso e

...

⁵ A originalidade da tese, em nossa visão, reside em incorporar não só os elementos técnicos de um vocabulário sobre os precedentes como vem fazendo os recentes trabalhos sobre o tema, mas também e sobretudo de uma teoria da argumentação de modo a tornar possível uma reconstrução racional dos critérios de decisão e fundamentação judicial, possibilitando uma verdadeira teoria geral do precedente (BUSTAMANTE, 2012, p. 2 e ss.) Vale a pena conferir conjuntamente a discussão mais recente sobre fatores extrajurídicos que influenciam a decisão (CAMARGO, 2014).

pela expansão jurisdição constitucional do pós-guerra, o debate sobre uma teoria dos precedentes adquire uma importância ainda mais elevada.

É verdade que o termo “precedente” pode ser encontrado em ambas as tradições dentro e fora do direito. Em linhas gerais, utiliza-se a expressão “precedente” como a invocação de um exemplo ou experiência do passado para orientar as decisões atuais, preocupando-se com a possibilidade de que a decisão tomada venha a orientar futuras decisões. É a partir dessa lógica que se concebe a ideia de “precedente não judicial”. O termo também é empregado para além do cenário jurídico no cotidiano de pessoas comuns. Frederick Schauer exemplifica esse uso quando uma criança que quer assistir TV até mais tarde e os pais permitam. Isso poderá ensejar a oportunidade de no futuro ela reivindicar a mesma autorização para ver um show análogo ao assistido anteriormente, por exemplo, por seu irmão.

Há quem compreenda a questão de forma mais estreita em que se trata de um mero raciocínio, enquanto outros autores defendem que esses “casos” relevantes não precisam ser necessariamente judiciais, havendo “precedentes não judiciais” com importância análoga para o direito constitucional. Nessa linha, Michael J. Gerhard (2008, p. 111) cita um exemplo de que autores que defendem que tudo o que o Presidente George Washington diria seria um precedente. Apesar do exagero dessa corrente, obviamente, não se inclui o que o Presidente almoça ou janta, e sim o que ele realiza investido de uma autoridade especial.

Por um raciocínio semelhante, Frederick Schauer define o “precedente judicial” como a invocação de fatos selecionados do passado, por uma linguagem oficial e a presença no tomador de decisão de uma autoridade que fornece às suas palavras uma força normativa impositiva (SCHAUER, 1987). Apesar da inegável vinculação com o passado, o autor chama atenção para a importância intertemporal dos precedentes judiciais. Destaca que não se dá apenas do passado para presente, mas também pelas considerações sobre os efeitos que o “hoje” pode gerar no futuro. Afinal, o “hoje” será inevitavelmente o futuro do “ontem”, bem como o “hoje” é o “ontem” do amanhã. Isso significa que adotar um sistema de precedentes pressupõe levar a sério as consequências normativas intertemporais até mesmo as menos óbvias dos precedentes.

Essa leitura positivista e linear dos precedentes não nega que, em alguns casos, injustiças indesejadas serão cometidas. Acaba por apostar em técnicas meramente normativas para sua superação. É importante destacar que a autoridade do precedente ou, melhor, dos precedentes decorre de uma multiplicidade de fatores que se apresentam num dado contexto, inclusive a decisão dos juízes que devem seguir decisões anteriores (*stare decisis*) e estimular a criatividade, especialmente por meio de técnicas que justifiquem a não aplicação do precedente, como veremos mais adiante (*overruling e distinguishing*).

Embora tais técnicas sejam importantes, e serão resumidas mais adiante, elas sozinhas são insuficientes para compreender que a manutenção ou superação de um precedente não se dá apenas porque o intérprete oficial assim deseja. Existe uma argumentação dentro e fora das instituições que não podem ser desconsideradas. Em maior ou menor medida, as

modificações representam reivindicações, pressões, constrangimentos sociais e políticos também de grupos de fora das instituições oficiais, como a própria Corte constitucional. Compreender a relação entre os precedentes e as Cortes é um passo importante. Não precisa, porém, ser necessariamente o primeiro, tampouco o último. Este artigo pretende investigar justamente quando um precedente adquire tamanha autoridade que se torna um cânone para operadores jurídicos e para atores sociais, tornando-se um verdadeiro marco de uma época, ou seja, um superprecedente.

O tema dos precedentes e, em especial, dos superprecedentes ainda demanda um estudo mais aprofundado no Brasil do ponto de vista de como as decisões geram uma vinculação institucional e social, bem como da relação entre o processo de tomada de decisão com uma cultura de precedentes. Outras dúvidas persistem, particularmente em relação aos superprecedentes, ao sair do mundo das abstrações para folhear as páginas dos precedentes nacionais que talvez pudessem ser tidos como algo “super”: quais são as características concretas desses casos apontados como superprecedentes no Brasil? E quais casos no Supremo Tribunal Federal brasileiro poderiam servir de exemplo? Ou ainda existe uma cultura de precedentes, tal como no sentido americano?

Adiante-se que não se pretende responder a tais perguntas plenamente. Optou-se, na verdade, por uma provocação ao debate – raro no Brasil, diga-se de passagem – do que uma empreitada mais ambiciosa. Ainda assim, esse acréscimo na tipologia dos precedentes difundida do Brasil – super e miniprecedentes – tem o papel de incitar a investigação nas mudanças na cultura de precedentes brasileiros que vêm acontecendo mais recentemente a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em certos casos mais emblemáticos, de um maior estreitamento dos padrões decisórios do *common law* e *civil law*. Alguns casos têm se diferenciado dos demais por diversos aspectos, como, por exemplo, pela repercussão na mídia e na sociedade, pela existência de um número de páginas enorme e debates prolongados na Corte, bem como pelo crescente número de citações pelos jornais, revistas, livros não especializados ou específicos da área.

Faltam mais estudos empíricos e estatísticos sobre a questão, mas o fenômeno é perceptível na mudança de perfil dos manuais de constitucional, por exemplo. É interessante notar que os contemporâneos de direito constitucional, como Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes ou Bernardo Gonçalves, citam mais decisões do STF do que obras clássicas do direito constitucional brasileiro costumavam citar, como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides ou Afonso Arinos. A cada dia, tem se tornado mais e mais difícil um autor publicar um livro jurídico, pelo menos no âmbito do direito constitucional, sem ao menos mencionar algumas decisões judiciais, alguns precedentes.

Esse processo é retratado por Luís Roberto Barroso, quando trabalha as mudanças no constitucionalismo brasileiro. Na década de 1980, o direito constitucional costumava se alinhar à teoria crítica ou a um constitucionalismo chapa branca, situados mais próximos da ciência política do que do direito. O constitucionalismo contemporâneo reivindica

uma maior efetividade dos direitos, utilizando-se as ações constitucionais sem descuidar da necessária interdisciplinaridade. Com a consolidação do neoconstitucionalismo e a expansão da jurisdição constitucional, a normatividade da Constituição de 1988 no Brasil adquire maior importância, por exemplo, recorrendo às instituições e às ações constitucionais como veículos para implementar uma dogmática constitucional transformadora (BARROSO, 2008).

Pode-se dizer que havia um tempo em que imperavam interpretações doutrinárias e as leis de um lado e, de outro, decisões dos juízes. Eram mundos apartados. Esse tempo de segregação acabou. A dicotomia simplista, produto de uma visão ultrapassada das fontes do direito, ficou nos manuais empoeirados não lidos em alguma biblioteca desatualizada. Hoje as leis são constantemente alteradas e contam com um maior debate público, informado inclusive pelas decisões judiciais que muitas vezes destravam temas e põem em pauta questões sobre as quais já se formaram “teias de aranha”. Certas questões podem acabar ganhando vida e visibilidade a partir dos processos judiciais e das reivindicações sociais. Em tempo real, é possível acessar pela internet um artigo acadêmico publicado numa revista estrangeira ou nacional, ler uma nova lei, assistir o julgamento da TV ou YouTube de uma deliberação da decisão judicial que esteja sendo votada.

Por essa razão, atualmente, os estudos têm enfatizado os graus de deliberação dentro e fora da Corte, assim como os discursos de supremacia judicial contrapostos aos diálogos institucionais.⁶ A racionalização dos discursos institucionais que transportam as reflexões para tomada de decisão de certos “fatos brutos” em “fatos institucionais”, ensejando a criação de uma certa moralidade institucional no tomador de decisão que interpreta e aplica as regras e princípios (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992). Note-se que não se fala apenas de casos que abrem uma oportunidade para certas rodadas deliberativas e pleitos momentâneos.

A novidade intrigante é que, por isso, certas leis “pegam”⁷ e outras são ineficazes. Certos precedentes caem nas graças dos legisladores e dos diversos segmentos sociais, enquanto outros são ignorados. Alguns, resistindo ao passar do tempo, adquirem algum grau de vinculação não apenas jurídica, como bem explicam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

•••

6 Para um aprofundamento da discussão teórica sobre legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ver: (BARROSO, 2012, p. 74-85). Duas teses de doutorado pela USP e pela UERJ tratam bastante bem das categorias e argumentos em favor de cada um dos modelos, são de leitura densa sem perder uma clareza didática (MENDES, 2011; BRANDÃO, 2012).

7 Não desejamos aprofundar o estudo de *superleis* que penetram profundamente na normatividade pública e na cultura institucional (ESKRIDGE; FEREJOHN, 2001, p. 1215 e ss.).

Essas super-leis são produzidas após um processo qualificado de deliberação política, impõem profundas mudanças jurídicas e sociais, e acabam adquirindo uma penetração na cultura do país e um capital simbólico que as aproxima das normas constitucionais. Tais diplomas legais, além de influenciarem profundamente a interpretação do ordenamento, beneficiam-se de uma espécie de entrincheiramento político-social, pois, apesar de não desfrutarem formalmente de superioridade hierárquica ou de rigidez, os seus princípios básicos tornam-se, na prática, politicamente intangíveis, pelo profundo apoio social e enraizamento cultural que logram conquistar. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 347)

Com as devidas adaptações, é também o que ocorre a um superprecedente. É claro que, nessa arena, é preciso atentar para a judicialização da política e da vida, somadas à publicidade ostensiva e à leitura cada vez maior das decisões judiciais. Isso vem contribuindo para uma gradativa mudança da cultura de precedentes no Brasil, que, se não fizeram surgir superprecedentes por aqui, pelo menos ensejaram precedentes com mais “pegada”. Ocorre que, mesmo quando se está diante do controle difuso de constitucionalidade, que possui uma vinculação institucional e social profunda. Precedentes como o caso Ellwanger (HC 82.424) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005) e o do Mensalão (AP 470)⁸ são apenas alguns indícios dessa transformação da cultura de precedentes no Brasil.⁹ Ganharam fama, mas ainda é difícil enquadrá-los no conceito, tendo em vista que talvez ainda careçam de uma adesão institucional e social mais robusta.

Some-se a isso uma dose de ativismo por parte dos juízes, qualquer que seja o conceito atribuído ao tema – e não são poucos¹⁰ –, veremos, não raro, que os casos interpretam cláusulas gerais de forma mais livre, valem-se da analogia para adotar soluções normativas ou sentenças aditivas, concretizam a Constituição, lançam mão de procedimentos que servem para instrumentalizar decisões, adotam fundamentações mais longas que citam argumentos políticos, morais e até literários. O fenômeno é facilmente exemplificável com as decisões do STF sobre o direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e outros) e o caso da infidelidade partidária (MS 26.602 e outros). Essa ampliação da atitude ativista dos

...

8 STF, Ação Penal 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

9 Mesmo reconhecendo a dificuldade de uma tradição mais opinativa e personalista na construção de votos pelos ministros em detrimento da reconstrução racional e argumentativa, José Rodrigo Rodriguez admite que o STF parece estar caminhando para formar um corpo de precedentes, citando os casos do Mensalão, Ellwanger e Raposa Serra do Sol. (RODRIGUEZ, 2013, p. 15 e ss.).

10 Não desejamos listar as inúmeras acepções do termo, mesmo porque existem excelentes trabalhos sobre o tema, tratando de forma mais detida (MIRANDA NETTO, 2012, p. 87-98). Basta uma noção geral de “judicialização é fato” e ativismo, atitude, como colocada pelo professor (BARROSO, 2012).

magistrados do STF possuiria dentre as possíveis causas, como bem elenca a professora Joana Machado, a renovação dos ministros do STF, o efeito discursivo da possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes e o ambiente teórico favorável (MACHADO, 2008, p. 85 e ss.).

Outro dado contextual é que o projeto do novo Código de Processo Civil em sua exposição de motivos afirmava expressamente que “O respeito aos precedentes jurisprudenciais é uma das marcas do futuro Código, o que reduzirá o grau de imprevisibilidade jurídica que impera sobre os atores da vida civil” Em uma de suas fases de elaboração e debate, chegou-se a prever um Capítulo XV, dedicado aos precedentes judiciais no art. 520 e ss. Embora o capítulo específico tenha sido suprimido do novo CPC, parte substancial de seus dispositivos foi aproveitada nos art. 942 e ss. do Capítulo I, denominado “Das Disposições Gerais” do Título I do Livro III da Parte Especial. Se observarmos a linguagem do novo CPC como um todo, ela se encontra vazada pelas noções e pelo vocabulário relacionado aos precedentes, especialmente no Capítulo VI, “Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça”.¹¹ Existem cinco artigos (489, 926, 927, 988 e 1.042) com o termo “precedente” inscrito explicitamente.

O sistema como um todo valoriza soluções de massa para recursos repetitivos. Há uma espécie “microsistema de precedentes” (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2015). Note-se que a consolidação de uma cultura institucional de precedentes, como um importante repositório de argumentos e significados não apenas para juízes, mas também para políticos, partidos, cidadãos e movimentos sociais.

2 UMA REVISÃO DAS ESPÉCIES DE PRECEDENTES À LUZ DE PRESSUPOSTOS INSTITUCIONAIS

O processo de vinculação entre os precedentes judiciais, segundo classifica Frederick Schauer, desdobra-se em duas espécies: os verticais e os horizontais. Os *precedentes verticais* indicam a necessidade de uma Corte inferior orientar-se pelo caso julgado pela Corte superior. Isso seria um “fato efetivo da organização humana” da mesma forma que esperamos que o trabalhador obedeça ao patrão e o soldado, ao tenente (MARINONI, 2011, p. 118). Os *precedentes horizontais* decorrem da lógica de vinculação atribuída a certas decisões judiciais (*stare decisis*). Nesse caso, a vantagem do precedente não é tão evidente, em especial se as Cortes se encontram na mesma hierarquia ou nos casos julgados em momentos diferentes podem não querer seguir um precedente que ache que está errado. Pelo mesmo

...

11 Para uma excelente visão crítica dessa perspectiva de um direito jurisprudencial, enfatizando as falhas na aplicação dos precedentes por temas nos recursos repetitivos e clamando não apenas por coerência, mas por integridade nas decisões e por um processo democrático “comp participativo” (NUNES, 2006).

motivo, não se espera que um trabalhador siga ordens manifestamente ilegais ou equivocadas. É por uma lógica semelhante que um político que não está obrigado a seguir as políticas do seu predecessor (SCHAUER, 1987). A lógica consiste, então, na imposição do respeito aos precedentes das Cortes Superiores pelas de primeira instância por uma espécie de metadecisão. Também o respeito pelos próprios órgãos faz-se importante para coerência jurídica ante uma segurança jurídica e em previsibilidade, baseadas em uma argumentação racional e consistente.

Considerando essas duas dimensões dos precedentes de um mesmo tribunal, é interessante trazer à discussão dois conceitos pouco conhecidos na literatura sobre precedentes no Brasil, trabalhados por Robert Alexy, ao tratar dos precedentes na Alemanha, discorrendo sobre fatores que conferem um maior grau de força normativa aos mesmos, como grau hierárquico das cortes envolvidas (vertical) e expressividade dos argumentos de suporte (vertical e horizontal). Nesse contexto, é que o autor destaca as noções de **“linha de precedentes”** e **“precedentes em ziguezague”**. O primeiro trata justamente do fato de existir um número de decisões tal que represente uma tendência do tribunal, atribuindo um maior peso e força ao precedente. Por outro lado, precedentes singulares ou precedentes inseridos numa jurisprudência aparentemente conflitante, com idas e vindas e mudanças de entendimento, ou seja, em ziguezague tendem a alterar força (ALEXY, 1997, p. 17 e ss.). A presença da primeira – a linha – tende a reforçar a vinculação e adesão ao precedente, enquanto a segunda tende a enfraquecê-lo.

A partir da teoria do precedente de Robert Alexy, é possível aproximar os superprecedentes da “linha”, os miniprecedentes do “ziguezague” ou, talvez, da “rede de precedentes”.¹² Nessa aproximação, porém, não ignoramos que a linha de precedentes possa eventualmente alterar aspectos laterais dos precedentes. O ziguezague argumentativo tende a erodir a força e a autoridade dos precedentes. Ao abrir a divergência sobre a própria *ratio decidendi* do precedente do Tribunal, dúvidas são geradas sobre a posição da Corte e/ou dos fundamentos para sustentá-la.

No Brasil, nem sempre se deu importância devida a essa dimensão horizontal ou a linha de precedentes. Perceber essa alteração fático-institucional decorrente de uma oscilação argumentativa das posições da Corte como fator de fortalecimento ou enfraquecimento da linha de precedentes do Tribunal é fundamental para reavaliar nossa tradição e perceber as mudanças em curso. Em um contexto que se seguiu predominantemente tradição continental, com fortes influências americanas e inglesas, é verdade que os juízes tradicionalmente se sentem

• • •

12 Existem outros modelos contemporâneos mais complexos e, aparentemente, mais adequados para explicar a relação entre os precedentes que não teremos condições de destrinchar neste artigo por razões de delimitação do objeto, como o modelo das correntes ou redes de precedentes (VOJVODIC, 2012, p. 119 e ss.).

vinculados à lei e à sua convicção sobre a melhor forma de interpretá-la. A lei sempre foi a ou uma das mais importantes fontes do direito em nosso país. Não que as decisões dos tribunais não fossem importantes, mas a aderência argumentativa ao seu conteúdo e a atribuição de efeitos vinculantes enfrentou – e ainda enfrenta – uma longa jornada, encontrando-se em franco processo de transformação¹³ (NUNES et al., 2013). Recentemente, os precedentes têm ganhado força galgando mais espaço entre as fontes do direito pátrio. Celso Albuquerque Silva (SILVA, 2005, p. 181-182), Patrícia Perrone Campos Mello (CAMPOS MELLO, 2008), Fredie Didier, Dierle Nunes e outros autores¹⁴ identificam essa virada na importância dos precedentes, especialmente por meio de uma aproximação entre os dois sistemas.

A doutrina costuma destacar como as decisões no Brasil podem hoje ser divididas em três categorias: de eficácia normativa, de eficácia impositiva intermediária e a eficácia meramente persuasiva. Em geral, essa classificação (SUMMERS, 1997, p. 368) (PECZENIK, 1997, p. 463)¹⁵ é interessante para compreender fatores institucionais na maneira de operar com precedentes. No entanto, por considerar ser preciso avançar na tipologia para que ela inclua algum grau de vinculação social e extrainstitucional que também influencia a construção dos precedentes,¹⁶ acrescentamos, inspirados na literatura americana, à classificação

...

- 13 Há quem em tom crítico afirme que não temos um sistema de precedentes e, de forma espirituosa, afirme que o que temos um *common law* à brasileira. Embora partilhemos da percepção de que existem transformações em curso, vale a pena conferir o interessante pensamento crítico a respeito (ROQUE, 2003, p. 405 e ss.). Igualmente em tom crítico e interessante, o prof. Dierle Nunes, após reconhecer a aproximação entre ambos os modelos, sugere a adoção de algumas posturas institucionais para aperfeiçoar a cultura de precedentes: **1º) Esgotamento da temática antes de entendê-la como um padrão decisório (precedente).** **2º) Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal.** **3º) Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal).** **4º) Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical).** **5º - Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão.** **6º) Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório** (NUNES et al., 2013).
- 14 Por exemplo, Alexandre Bahia e Dierle Nunes apontam que nem todos os precedentes têm a mesma força. Isso fica claro quando para tal há entre eles os efeitos vinculativos e os meramente persuasivos diferenciando-se pela prática dos tribunais (BAHIA; NUNES, 2010, p. 90).
- 15 A classificação parece ter sido adaptada e aclimatada à realidade brasileira a partir do pensamento de determinados autores estrangeiros que consideram as experiências de seus países com os precedentes. Em geral, os autores que perfilham essa classificação inspiram-se em Robert Summers e Aleksander Peczenik.
- 16 Justiça seja feita que os autores começam a trabalhar com ambas as dimensões: fatores institucionais (instituições, contexto, normas constitucionais) e extrainstitucionais (discurso jurídico, dogmática, normas, jurisprudência, cadeias de sustentação, fundamentação, número de casos, correção substancial da decisão) (BUSTAMANTE, 2012, p. 250-368).

os superprecedentes e os microprecedentes, como veremos a seguir (DUXUBURY, 2008, p. 63).

Os primeiros representam a aproximação com o modelo do *common law* são os **precedentes vinculantes**. Eles exercem efetividade máxima, obediência direta em casos análogos. Extrapolam os efeitos *inter partes*, fixando uma orientação a ser seguida, ou seja, com efeitos *erga omnes*. A não obediência a esses precedentes geram sanções, tal como ocorre no caso de descumprimento legal. São fontes formais do direito. São a regra nos modelos de *judge made law (common law)*, mas também são encontrados nos ordenamentos da *civil law*, como no caso brasileiro. São exemplos os precedentes com efeitos vinculantes, como os tomados nas decisões das ações diretas de inconstitucionalidade ou nas súmulas vinculantes.

Há quem entenda, como o prof. Lenio Streck, que as súmulas vinculantes não são precedentes, porque, entre outros argumentos são reduções linguísticas que se desvinculam dos casos que a originaram (STRECK; ABOUD, 2014, p. 69).¹⁷ Em melhor sentido, porém, encontra-se Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual a redação das súmulas vinculantes seriam a tentativa de extrair a *ratio decidendi* das reiteradas decisões que lhes deram origem, como se depreende da seguinte passagem:

A súmula vinculante só pode ser editada quando houver controvérsia atual. Entretanto, por controvérsia atual não basta entender questão constitucional que está em discussão, ou que acaba de ser discutida, no Supremo Tribunal Federal. A controvérsia é atual quando há discussão, contemporânea, acerca da precisa *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a uma mesma questão constitucional. Controvérsia, portanto, não é sinônimo de objeto sobre o qual se discute judicialmente, mas pertine à dúvida sobre a *ratio decidendi* dos precedentes respeitantes a tal objeto. (MARINONI, 2011, p. 491)

Ao concordar com essa leitura, não são ignoradas as dificuldades e desvios nos procedimentos e requisitos nesse processo de formulação do enunciado sumular.¹⁸ Acreditamos, porém, que isso não parece comprometer o reconhecimento das transformações na cultura de precedentes em curso no Brasil. Trata-se mais de uma questão de aperfeiçoamento institucional do que de negação das transformações. É verdade que o efeito vinculante aqui resulta

...

17 No mesmo sentido, em outra obra, Streck (2013, p. 679) chega a afirmar que “No Brasil não existem precedentes no sentido de que fala a *common law*. [...] Logo, por que ainda tem gente que pensa que as SV têm parecência com os precedentes da *common law*?”.

18 Um excelente trabalho crítico, com dados estatísticos, atenção a datas de edição das súmulas e precedentes que lhes deram origem, demonstrando cada um dos desvios procedimentais, como a inexistência de decisões reiteradas, foi defendido no trabalho de conclusão de curso, sob a orientação do prof. Fernando Gama de Miranda Netto. Infelizmente o trabalho ainda não foi publicado (CIRAUDDO, 2011).

de opções da Constituição de 1988 e da legislação, não sendo sequer exclusividade do *common law*, já que na Alemanha há tais efeitos. Parece-nos, porém, que a origem legislativa dessa vinculação em alguns países de *civil law* e a origem da vinculação dos precedentes residir na tradição nos sistemas do *common law* não é suficiente para desconsiderar as aproximações recíprocas e as modificações na cultura de precedentes também no Brasil do ponto de vista prático e teórico.

Os segundos são **precedentes de eficácia intermediária** que não têm caráter obrigatório formalmente, mas não deixam de possuir eficácia ainda que restrita. Sua não aplicação é criticada e, não raro, torna-se alvo de revisão. Há também a possibilidade de se encontrar efeitos impositivos mais brandos, para além do processo, como um peso argumentativo maior em casos semelhantes e facilidades recursais. A eficácia intermediária é residual, ocorre quando não se pode garantir a obrigatoriedade do precedente. No *common law*, são os casos de decisões de tribunais inferiores em relação às decisões seguintes deles próprios. Não significa dizer que não possam ser superados, mas só o poderão mediante fundamentação adequada. Essa eficácia intermediária é exemplificada em algumas ações da tutela coletiva, que, a despeito da inexistência de efeitos vinculantes, acabam adquirindo uma maior projeção.

A terceira categoria enumerada trata dos **precedentes meramente persuasivos** com função típica na *civil law*: de mera persuasão em casos semelhantes, argumento de autoridade para o juiz do caso futuro. Entretanto, diferentemente dos precedentes de eficácia intermediária, estes não provocam um ônus argumentativo às decisões contrárias, pois tratam somente de mais um dos fatos trazidos pelas partes para o convencimento do juiz. Embora sejam a característica marcante da *civil law*, também estão presentes no *common law*, como no caso das decisões de primeira instância em relação aos tribunais superiores. Há quem afirme que a inexistência de efeitos vinculantes tornaria o caso um mero exemplo e não um *precedente* no sentido próprio do termo. No entanto, parece que admitir esse degrau vinculativo na escalada como fontes reais do direito, porque a força persuasiva de tais decisões não se confunde, na prática, com o mero exemplo. Trata-se, por exemplo, das decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade com efeitos *inter partes* apenas. Mesmo sem efeitos vinculantes, as cortes de primeira e segunda instância costumam segui-las normalmente e não raro não conhecem/julgam improcedente recursos das partes, porque tais casos constituem importantes repositórios argumentativos.

Ora, a força dos precedentes, seja na *civil law*, seja no *common law*, dependerá, portanto, de uma multiplicidade de fatores decorrentes da complexa interação com a Constituição e a legislação, entre as Cortes e o Parlamento/Executivo, entre a Corte e a Sociedade e a mídia, entre a argumentação das instâncias superiores com as inferiores. Sem dúvida, os efeitos atribuídos normativamente às decisões tomadas, a hierarquia da Corte, o estilo deliberativo da Corte, a clareza na redação dos acórdãos, a existência de uma linha ou rede de precedentes são importantes (TARUFFO, 1997, p. 437), mas para que a decisão se enraíze socialmente

são necessários agentes que difundam seu conteúdo e sustentem sua efetividade/eficácia social e não apenas a sua eficácia jurídica (BARROSO, 2006).

A publicação do acórdão é o fim da cadeia que torna a produção de efeitos jurídicos válidos, mas não raro pode ser apenas o início da cadeia social, política, econômica e cultural que aceitará ou recusará o precedente. É óbvio que a história continua após a publicação do acórdão. O debate não se encerra depois de proferido o precedente. A história retratará como a decisão se manterá ou será superada (total ou parcialmente), o que se relaciona com redes sociais de sustentação que ampliem ou reduzam a sua capacidade de resistir à marcha do tempo, mantendo-o vivo ou eliminando-o (ACKERMAN, 2007). A superação ou revisão de um precedente é um tema, no mínimo, delicado e complexo. Existe todo um vocabulário jurídico próprio para operar com os precedentes, de modo que é pertinente esclarecer alguns termos para facilitar a compreensão do tema como *holding/ratio decidendi*, *rationale*, *obiter dictum*, *overruling* e *overriding*.

A *ratio decidendi* ou *holding* pode ser definida de várias formas (GOODHART, 1930, p. 161-183), sendo resumidamente: (i) a norma extraída do caso concreto e que vincula os tribunais inferiores; (ii) a norma jurídica contextualizada para os fatos aos quais a norma será aplicada;¹⁹ e (iii) o elemento essencial que consubstancia a argumentação da decisão judicial para concretizar a ponderação entre regras e princípios.²⁰ Essa é uma das mais importantes e mais controvertidas noções para se operar com precedentes. Há quem afirme ser uma categoria que transmite a ilusão de estabilidade (MACCORMICK, 2008, p. 194). Corresponde ao enunciado vinculante para as demais Cortes e depende da análise dos fatos relevantes do caso concreto, da questão levantada em juízo, da fundamentação e do que ficou decidido. Tudo isso ajudará a delimitar o *holding*, que, restando dúvida, será feita uma inversão de significado para determinar a essencialidade dos elementos, que, caso não alterem o sentido, serão considerados informações marginais e excluídos do enunciado. Compreendemos que a melhor definição é aquela que não reduz a *ratio decidendi* à norma e à argumentação desenvolvida, mas sim aquela que insere as razões de decidir no contexto fato do caso e da sociedade como um todo.

A *rationale* difere sutilmente da *holding*. A *holding* não envolve a fundamentação concreta do caso, ou seja, a motivação, englobando somente o enunciado genérico extraído do caso,

...

19 Uma importante referência no tema é o artigo de Arthur L. Goodhart que considera a *ratio decidendi* não como o princípio em si ou as razões ali presente, mas sim como os princípios extraídos do caso baseado em fatos e as decisões extraídas dele (GOODHART, 1930, p. 161-183).

20 Essa dimensão argumentativa da *ratio decidendi* nem sempre é evidenciada pelos autores brasileiros que a reduzem a uma concepção normativista. Sobre o ponto, vale a pena conferir a teoria do precedente proposta que leva em conta a complexidade de incorporar fatores empíricos, racionalidade prática e razões de autoridade para compreensão dos graus de vinculação ao precedente e a sua *ratio decidendi* (BUSTAMANTE, 2012, p. 262 e ss.).

enquanto a *rationale* leva a fundamentação do caso concreto em consideração, é fundamental e é ela que auxiliará na identificação dos fatos relevantes. Dessa forma, a doutrina estrangeira converge razoavelmente em torno de um conceito de *holding* como regra explícita ou implícita levada em consideração pelo juiz como uma etapa necessária à decisão, à luz das razões por ele adotadas. Nesse sentido, embora a fundamentação não influa diretamente na vinculação dos casos futuros, é determinante para a escolha da norma que será aplicada.

O *obiter dictum* é qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, ou seja, considerações marginais, dissensos de votos, argumentos divergentes, teses não acolhidas etc. Essas manifestações não têm força vinculante sobre os casos futuros, possuindo somente eficácia persuasiva ou, eventualmente, uma importância crítica ou reflexiva. No STF, não têm sido raros os casos com argumentos laterais, de modo que é preciso estimular criticamente a sua redução, quando tiverem pouca importância reflexiva ou crítica por tornar o número de páginas do acórdão excessivo e de difícil compreensão, mesmo por profissionais do direito, comprometendo a identificação do que foi decidido quanto ao mérito do caso.

Questiona-se, por isso, o modelo decisório de Corte Constitucional do STF que, por vezes, decide num modelo agregativo em que cada ministro profere um voto em separado e, sem se comunicar com os demais, onde é da soma das partes que se tenta extrair uma conclusão. Essa forma de decidir vem sendo bastante criticada pela doutrina, como Conrado Hübner Mendes, denominando esse modelo de 11 ilhas que não dialogam.²¹ Eventualmente, é claro, casos complexos podem exigir uma fundamentação expandida, mas o ideal é que isso ocorra pela necessidade de um maior espaço para reflexão, decorrente da deliberação do colegiado em vez de decorrer da ausência do diálogo e do uso prolixo da linguagem. Existe uma série de propostas para aprimorar o modelo, como a circulação prévia do voto e a confirmação do *ratio decidendi* ao colher a decisão do Tribunal dos diversos ministros, sugeridas pelo professor e Ministro Luís Roberto Barroso e que se consolidou, por exemplo, na prática de fixar a tese da repercussão geral ao final da deliberação do recurso extraordinário.²²

...

21 “Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. Em regra, têm estilo prolixo e arrevesado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista. Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar?” (MENDES, 2010).

22 O professor Luís Roberto Barroso, em sua primeira sessão, no julgamento do MS 28.160, como Ministro do Supremo Tribunal Federal chegou a sugerir que o voto circulasse antes do julgamento para otimizar

Voltando o vocabulário relacionado com precedentes, vale lembrar que o sistema do *common law* prevê diversas maneiras de se superar um entendimento, que podem variar conforme a dimensão, podendo ser parcial ou total. Como formas de superação mais recorrentes, podemos citar o *overruling* (superação integral do precedente anterior), o *overriding* (revogação parcial de um precedente) e o *transformation* (atribui novo significado a um entendimento, equivalente à revogação). Além disso, o *stare decisis* possui dois mecanismos de alteração que visam a acomodação às circunstâncias específicas, como a manutenção da confiança dos jurisdicionados e o impedimento de reabertura de casos já decididos. Pode-se citar ainda o *prospective overruling* (mudança da doutrina com efeitos futuros) e o *signaling* (mera demonstração de intenções de alteração do direito aplicável a determinadas circunstâncias). Por fim, vale lembrar que alguns casos que devem se submeter a um precedente podem ser peculiares de modo a serem diferentes do precedente ao qual pretende se submeter a ele, razão pela qual é possível invocar o *distinguishing* para desaplicar o precedente naquele caso concreto (NUNES et al., 2013).

Há duas razões para se revogar um precedente: incongruência social e inconsistência sistêmica. A primeira diz respeito à incompatibilidade entre normas jurídicas e os *standards* sociais, ou seja, uma quebra da expectativa dos cidadãos em relação aos precedentes. A inconsistência sistêmica trata da harmonia entre as regras do ordenamento jurídico. Levando em consideração a unidade do direito, os preceitos devem ser compatíveis entre si, interferindo reciprocamente. Essas duas figuras, entretanto, não são suficientes para o abandono do precedente. Deve haver também as razões de justiça (*substantive reasons*) fundamentando o entendimento e a ponderação das razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que justificam a adoção de precedentes com efeito de norma. A superação de um precedente deve considerar os custos relativos à segurança dos cidadãos, à quebra de isonomia, às consequências e ao impacto. A partir daí, haverá uma análise de custos e benefícios na manutenção dos precedentes. Quando os benefícios superarem os custos, haverá a sua superação. Em caso diverso, o entendimento errôneo tenderá a ser mantido, pois se acredita que sua superação traria mais malefícios do que benefícios. São capazes de ensejar a superação as hipóteses de existência de precedentes inoperáveis na prática, a mudança social, política ou cultural que torne o entendimento do precedente injusto, a obsolescência do julgado ou o reconhecimento de que uma exegese é incorreta desde a origem.

...

o julgamento do Tribunal. Ironizando, o Min. Marco Aurélio disse que “Há 34 anos não troca figurinhas”. Em melhor sentido, O Min. Dias Toffoli destacou que tem o hábito de distribuir seus votos na sessão e defendeu que questões mais simples fossem julgadas no plenário virtual. É uma pena que a proposta do Min. Barroso não tenha sido discutida no Tribunal, o que conferiria maior racionalidade ao processo decisório do colegiado. Essa e outras propostas institucionais, anteriormente realizadas pelo Min. Barroso, podem ser encontradas na retrospectiva por ele redigida (BARROSO; MENDONÇA, 2013).

É imprescindível compreender a insuficiência da vinculação jurídico-normativa a partir do processo complexo de vinculação e resistência do precedente ao precedente. Não raro a complexidade do sistema de vinculação aos precedentes é tamanha que, em alguma medida, a ascensão ou o caso de um precedente dependerá de sua aderência ocasional às instituições e ao imaginário dos cidadãos. Não é possível negar a relação entre o precedente e o contexto. Esse ponto parece ser comum para diferentes autores da teoria do direito mesmo de formações, influências e propostas diametralmente opostas, desde positivistas como Frederick Schauer, que concebem os precedentes como formas de generalização de enraizamento das regras, passando por pós-positivistas como Ronald Dworkin (DWORKIN, 1986, p. 225 e ss.), cujo pensamento insere os precedentes em decisões tomadas a partir de princípios e valores, num romance em cadeira de uma comunidade de princípios, que busca integridade e coerência em suas decisões e, ainda, Cass R. Sunstein, segundo o qual regras e analogias a partir da afinidade de pensamento entre um caso e outro à luz de noções gerais de acordos incompletamente teorizados (SUNSTEIN, 1996, p. 71 e ss.).

Sunstein, em especial, sublinha o processo de interpretação e a criação de normas dentro do processo de tomada de decisão judicial que considere as semelhanças e diferenças entre casos, sem ignorar a diversidade de capacidades institucionais (MAUÉS, 2012, p. 597 e ss.), que rejeita o perfeccionismo dos juízes e leva em consideração a falibilidade dos juízes, ou seja, pontos cegos, consequências e efeitos sistêmicos de suas decisões (SUNSTEIN, 2006). Não existe uma teoria que dê conta de todos os aspectos da realidade, como chama atenção Neil MacCormick. Para cada teoria, haverá sempre alguma prova empírica do contrário ou, no mínimo, algum caso a exigir uma revisão ou reavaliação da teoria. O essencial das teorias contemporâneas sobre o precedente, porém, é a exigência de uma reconstrução racional dos argumentos subjacentes a estes (MACCORMICK, 2008, p. 204 e ss.). Mesmo com concepções absolutamente distintas, é possível afirmar a existência de um acordo raso nesse ponto, dado que nenhum dos autores nega que o precedente e/ou insere-se no contexto histórico-cultural em razão do qual é mantido ou superado argumentativa e institucionalmente.

3 SUPERPRECEDENTES E MINIPRECEDENTES: POR QUE NÃO UMA VINCULAÇÃO CULTURAL AOS PRECEDENTES?

É preciso, por isso, evidenciar que existem graus de aderência não formais aos precedentes. Há, ao lado da vinculação jurídica, uma vinculação social, política, moral ou institucional, que denominamos de uma vinculação cultural à argumentação e significados gerados pelos precedentes. Essa virada institucional pós-positivista²³ aponta, de um lado, a aderência e a vinculação

...

²³ Uma perspectiva institucional do precedente próxima a que defendemos aqui se relaciona à perspectiva de Robert Alexy e Neil MacCormick, que conjugam pretensão de correção, a argumentação jurídica

não necessariamente normativa ao precedente e, de outro, a insuficiência da vinculação normativa para compreender a força do precedente. Propõe-se, nesse sentido, um acréscimo à tipologia dos precedentes mais difundida no Brasil, reivindicando que se inclua no debate acadêmico a existência dos superprecedentes e dos miniprecedentes.

O que é um **superprecedente**? Quais são as características que permitem que sejam identificados? No contexto norte-americano, aponta-se que o debate sobre o tema se tornou público entre o Presidente do Comitê Judicial do Senado Arlen Specter e o Chief Justice Roberts, que concordou com a existência de um *super-duper precedent*, referindo-se, sem endossar ou rejeitar, a expressão tomada por empréstimo do Juiz Michael Luttig, referindo-se ao *super-stare decisis* no caso *Roe vs. Wade*, relativo à possibilidade da realização do aborto (GEHARDT, 2008, p. 177).

Academicamente, os principais precursores na temática dos superprecedentes foram os professores Richard A. Posner e William M. Landes. Os autores consideram que uma das premissas mais básicas dessa categoria é que devem ser **amplos**. Caso sejam muito específicos, regularão somente casos extremamente semelhantes e terão um espectro de aplicação curto (LANDER; POSNER, 1976, p. 249-307). Após uma densa reflexão, inclusive de cunho matemático, sobre teoria e prática dos precedentes e do “como” e do “quanto” eles são citados, os autores concluem que quanto maior a sua amplitude, mais provável que os precedentes sejam citados em artigos acadêmicos e livros não só de juristas, mas também de historiadores, sociólogos e economistas. Em uma análise econômica do direito, os autores procuram a partir das citações entender a capacidade de certos precedentes de resistir ao passar do tempo, refletindo sobre os fatores que levam a uma maior ou menor taxa de depreciação e desatualização.

Em sentido semelhante, percebe-se o pensamento de Cass R. Sunstein²⁴ que concebe, em certa medida, precedentes como analogias construídas a partir de *acordos incompletamente teorizados*, ou seja, ainda que sem recorrer a uma teoria geral de base para tomar decisões, os precedentes mostram-se capazes de, refletindo a partir de razões com algum grau de abstração, angariar adesão, respeito e autoridade, utilizando muito mais raciocínios abstratos

...

como um caso especial de argumentação e a importância de as instituições atuarem de forma ética (BUSTAMANTE, 2013, p. 263-313).

24 Não ignoramos que, em razão das considerações institucionais, Sunstein posiciona-se a favor de um minimalismo judicial, chamando atenção para a necessidade do tribunal de respeitar seus próprios precedentes, evitar decidir ou manifestar sobre assuntos alheios ao caso, tomar por base casos anteriores e exercitar *virtudes passivas* que estimulem a deliberação e decisões das instâncias democráticas. Ainda assim, incorporamos muitas ideias do pensamento do autor à discussão dos superprecedentes, dada a virada institucional promovida pelo mesmo na interpretação constitucional, o que, a propósito, serve também para mitigar eventuais excessos no processo de aclimação da teoria dos superprecedentes. Para mais detalhes do minimalismo (SUNSTEIN, 2001).

a partir de analogias gerais entre os casos. O raciocínio analógico propõe que os julgamentos de casos específicos sejam coerentes com outros, baseando-se em regras, princípios e argumentos desenvolvidos em casos concretos afins, sem recorrer a uma teoria geral de base necessariamente.

Nessa linha, é claro que as pessoas podem intimamente discordar do precedente²⁵ *Roe vs. Wade*, se deveria proteger a liberdade da mulher, ou por razões pragmáticas ou, ao contrário, que o precedente foi errado por violar o direito à vida do feto por razões religiosas. Ainda assim, ao juiz não é dado simplesmente ignorá-lo ou superar sem um forte ônus argumentativo, dado que existe um acordo incompletamente teorizado sobre ponderações importantes refletidas na decisão dotadas de algum grau de vinculação, de modo que mesmo que as pessoas discordem da teoria de base podem concordar ou acatar a decisão (SUNSTEIN, 2007).

Outras decisões judiciais são influenciadas mesmo quando não guardam uma relação direta com ela ou não a sigam rigorosamente. Isso acaba por fazer com que os superprecedentes sejam raros e tenham esse caráter generalista ou amplo, de modo que ainda que virtualmente eles estão presentes em diversos outros casos com fatos semelhantes ou análogo. Nessa linha, Cass Sunstein reconhece que precedentes são, por óbvio, textos, mas são textos com significados compreendidos dentro das capacidades institucionais de quem os reivindica, aplica ou contesta. Com isso, o autor promove uma *virada institucional* na interpretação constitucional (SUNSTEIN, 2014), que reivindica que sejam considerados déficits de informação,²⁶ dados empíricos, se o formalismo é defensável, efeitos sistêmicos, capacidades institucionais, cegueira institucional, interesses de grupos (SUNSTEIN, 1985, p. 29-87), alternativas e uma análise ampla de custo benefício (SUNSTEIN, 2007) não apenas em sentido econômico (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).²⁷

Nesse ponto, vale conferir a proposta de Sunstein das chamadas decisões de segunda ordem ou, como preferimos traduzir *second order decisões* para reduzir incompreensões, “metadecisões”, que são decisões que orientam outras decisões (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT,

...

25 Há quem defenda que, embora seja frequentemente citado, *Roe vs. Wade* e *Buckley vs. Valeo* (financiamento de campanhas) é um pobre candidato a ser um superprecedente por não ter pacificado plenamente os conflitos, gerando, pelo contrário, regras precisas flexibilizadas em certos aspectos posteriormente (HAYWARD, 2005-2006, p. 195-216). Não concordamos com a leitura, inicialmente embora criem regras precisas, os casos fornecem argumentos robustos sobre a liberdade da mulher e a liberdade de expressão. Ainda que tenham ocorrido uma erosão de aspectos laterais dos precedentes em razão das controvérsias morais e políticas que ensejam, o essencial dos casos foi mantido.

26 Uma interessante proposta para melhorar a qualidade das decisões é obter mais informações a partir do uso de precedentes estrangeiros ou de instâncias internacionais numa interpretação claramente cosmopolita. Não desejamos sistematizar a controvérsia sobre o tema (SUNSTEIN, 2011).

27 Sobre a recepção e análise crítica na doutrina brasileira (SARMENTO, 2010, p. 141-160; ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 7-50).

1999). Em boa medida, o superprecedente é (ou pretende ser) algo que se assemelhe a essa teoria do autor: um precedente com elevado esforço para produção (modelo *high*) com conteúdo amplo e denso torna-se, ao estabelecer regras, princípios, standards, presunções e rotinas, um guia que tende a desonerar o fardo do tomador de decisão posterior (modelo *low*). Por exemplo, um superprecedente de uma Corte constitucional poderia desonerar o ônus argumentativo das instâncias inferiores que pretendam segui-lo.

Os superprecedentes seriam capazes de definir as controvérsias jurídicas de forma clara, a ponto de evitar ou reduzir disputas legais. É possível criticar tal conceito como algo que não corresponde à realidade dos tribunais, porque boa parte dos casos que atualmente passíveis de serem considerados superprecedentes são objeto de debate e de controvérsia. A crítica é pertinente já que o debate sobre os casos não se encerra com a publicação das decisões da Corte. A eficácia social do precedente depende das deliberações no seio da sociedade, de apoio ou repúdio ao precedente. Ainda assim, tais decisões são capazes de gerar uma eficácia global e uma segurança jurídica consistente sobre a decisão a ser tomada. Ao serem acatadas ou reconhecidas como válidas, essas decisões **pacificam em grande parte disputas políticas, morais e sociais** (HAYWARD, 2005-2006, p. 195-216).

Talvez fosse possível em alguma medida uma aproximação – sem tornar idêntico ou equivalente – entre o conceito de superprecedente de casos difíceis (*hard cases*) de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 127 e ss.) a medida que, quando adota esse conceito, o autor inclui decisões que resolvem questões moralmente controvertidas com base em argumento de princípios (*principles*) e não de políticas (*policies*) (DWORKIN, 2002) dentro de um pano de fundo que é uma teoria do direito compreendida como prática social interpretativa. Não há no superprecedente, porém, uma pretensão de encontrar uma resposta correta que cristalice uma unidade de valor. O superprecedente surge como o produto de uma disputa argumentativa entre grupos sociais que, em um dado momento, torna-se capaz de pacificar em certo grau a questão, de modo a imunizar, blindar ou proteger fortemente tal precedente de um *overruling* fácil. As considerações morais adentram no superprecedente a partir das capacidades e interpretações das diversas instituições, o que, no *hard case* e na teoria de Dworkin como um todo, é levado de forma insuficiente em consideração.²⁸

Sem dúvida, Dworkin está certo quando reconhece que o direito e os casos não são um mero *pedaço da história* (DWORKIN, 1980, p. 526 e ss.). No cenário teórico em que Dworkin insere os casos difíceis, qual seja o de rejeição ao convencionalismo, que enxerga o direito como simples questão de fato referente ao passado, e de rejeição ao pragmatismo, como o direito como uma preocupação exclusiva com aplicação e suas consequências futuras; os

...

28 Para uma crítica a teoria de Dworkin a partir de considerações de caráter positivista (SCHAUER, 1987) ou por uma ótica institucional (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).

casos difíceis inserem-se nessa história, mas pressupõem considerações sobre os princípios de justiça ao tomar as decisões para o futuro.

Dworkin também está correto quando estabelece, dessa forma, uma lógica semelhante à de um “romance em cadeia” no qual o “juiz-Hércules” (DWORKIN, 1986, p. 225 e ss. e 355 e ss.) retoma o caso anterior e deve continuar a narrá-lo, enfatizando a *força gravitacional dos precedentes*. Exagera, porém, ao recorrer ao personagem mitológico idealizado para simbolizar o juiz (ou a Corte), que deve retomar o fio da história e do passado e construir um futuro coerente e compatível com a integridade²⁹ exigida por uma comunidade de princípios³⁰ a partir de uma lógica de uma unidade dos valores (DWORKIN, 2014, p. 4-12). Para ficar com mitos, e não com a realidade cultural e institucional, trocaríamos Hércules por Hermes com sua capacidade de esclarecer as redes de normas e promover o diálogo entre as instituições, o que seria um tema para outra investigação (OST, 1993, p. 169-194).

Deixando os mitos de lado, porém, embora Hércules (ou Hermes) possua algum grau de independência da política, ele também está envolto em constrangimentos institucionais políticos que não podem ser ignorados. Como bem coloca Barry Friedman, Hércules não pode atuar sozinho, devendo refletir sobre a interação dentro do colegiado, entre os poderes e entre as diversas instâncias judiciais (FRIEDMAN, 2005, p. 260 e ss.). Em outras palavras, como bem colocou Ran Hirschl, “Como qualquer outra instituição política, cortes constitucionais não operam em um vácuo institucional ou ideológico” (HIRSCHL, 2006, p. 774 e ss.). É preciso observar nesse processo de judicialização da megapolítica os movimentos sociais, os grupos de interesses, ativistas políticos, a burocracia estatal, enfim, a realidade política e social subjacente ao processo de tomada de decisões.

Em alguma medida, e com algumas diferenças em relação à idealização do papel do juiz e às considerações institucionais, é possível aproximar as noções de romance em cadeia e

...

²⁹ Reivindicando uma coerência jurídica da jurisprudência como direito decorrente da segurança jurídica, sob bases do pensamento dworkiano (BARBOZA, 2014). De forma precisa, Alonso Freire destaca a importância não apenas de decisões coerentes com a linha de precedentes, mas também de uma jurisprudência íntegra no sentido de Dworkin de não apenas coerência com decisões anteriores que podem estar erradas, mas também com os compromissos com princípios fundantes no plano da formulação e aplicação do direito, de modo vertical para as demais instâncias judiciais ou dentro do próprio tribunal. Aclimatando as reflexões para o Brasil, o autor chega a comentar inclusive a mudança no projeto do novo que introduziu a palavra jurisprudência estável, coerente e íntegra no art. 520, *caput*, do CPC (FREIRE, 2014) Em que pese a importância do tema, optamos por aderir a ideia de pretensão de correção de Alexy por meio de uma argumentação jurídica de Robert Alexy que, como entendemos, deixa mais clara a fundamentação das decisões por meio da ponderação que ofereça razões para optar por um princípio ou regra em detrimento de outro.

³⁰ O resumo e a simplificação da teoria de Dworkin são bastante breves. Para um panorama mais amplo, consultar Sgarbi (2009, p. 147 e ss.).

cultura de precedentes (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009) que reivindicamos neste artigo, mas só em certa medida e com algumas reservas. Aproxima-se quando insere, historicamente, os casos entre o passado e o futuro a ser construído, mas distancia-se pelo fato de pensarmos que Hércules nem mesmo enquanto Corte é ideal razoavelmente factível, porque não incorpora suficientemente nos casos difíceis argumentos e interesses para além dos princípios. É perfeccionista em demasia ao ignorar (ou facilitar que se ignore) a falibilidade dos juízes e das instituições (SUNSTEIN, 2006).

Em outras palavras, compreendemos que nos superprecedentes encontram-se zonas de incertezas que abrem a tomada de decisão à influência de argumentos também de política, decorrentes das disputas das redes sociais que fornecem apoio para sustentação dos precedentes ou resistência/contestação à normatividade dos mesmos.³¹ A política não se faz só no Parlamento, mas também das Cortes,³² embora de outra forma e com outros procedimentos, razão pela qual, de forma comedida e considerando as capacidades institucionais do tribunal, as metas coletivas e os argumentos sociopolíticos e econômicos devem ser considerados na tomada de decisões estratégicas.

A questão é o grau de influência política tolerável na decisão em face de argumentos de justiça. Por mais que a jurisdição constitucional almeje um ideal de imparcialidade da política, o que é positiva, haverá sempre algum grau de influência (e de autonomia) que deve ser justificado argumentativamente de forma reforçada (BARROSO; MENDONÇA, 2013). É, por isso, como afirma Luís Roberto Barroso, que os juízes podem dar empurrão na história. O problema é que, em certos casos, os juízes também podem acabar freando seu curso, razão pela qual é importante refletir sobre as capacidades institucionais e

...

31 Por isso, na mesma linha de Bruce Ackerman, entendemos que a Corte quando atua nessa esfera não pode ser presumidamente considerada antidemocrática a partir de uma camisa de força da “dificuldade contramajoritária” da jurisdição constitucional. A democracia não pode ser vista de forma monista como vontade de uma elite política, mas sim de forma dualista em que existe uma vontade popular latente a ser considerada pela Corte por uma “função de preservação” de um regime democrático bem ordenado (ACKERMAN, 1993, p. 10 e ss.). Talvez alguns reparos ou divergências em relação a essa concepção de democracia dualista de Ackerman que divide momentos de política cotidiana e extraordinária poderiam ser apontadas. Em primeiro lugar, essa latência é insuficientemente democrática, parecendo mais consistente uma visão de uma democracia deliberativa cooperativa, que sugere um ideal de constante agir comunicativo a direcionar o sistema político econômico, evitando uma colonização do mundo da vida social por interesses econômicos e administrativos e em prol de uma soberania popular por meio do uso público da razão sobre quais direitos serão criados e protegidos (HABERMAS, 2010; SOUZA NETO, 2006).

32 Enfatizando essa sintonia fina entre, de um lado, a politização dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão do processo de sua investidura ser nomeado pelo Presidente (um ato político, portanto) e, de outro, a profissionalização decorrente da exigência do notável saber que conduz a um zelo pela própria reputação (OLIVEIRA, 2012).

impor um ônus argumentativo elevado em casos de judicialização de questões centrais de política, como uma forma de calibrar a marcha dessa influência da história e da política nas decisões judiciais e vice-versa (BARROSO, 2014). O ideal, portanto, é sempre que as pré-compreensões sejam fundamentadas dentro das capacidades institucionais de cada um, de modo a evitar, nesse inevitável processo de freios e empurrões, práticas institucionais autoritárias, como bem destaca Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2010, p. 144-160).

Os superprecedentes podem ser pensados também, a partir do pensamento de Bruce Ackerman, no contexto de uma Constituição viva, dinâmica e atuante para fora dos livros e artigos, ou seja, considerando os casos imbricados com participação social e da discussão do ordenamento mais adequado para o corpo social. Nesse sentido, o autor afirma que, muitas vezes, essa categoria é mais considerada do que a norma ou cânone oficial (*official canon*), porque o precedente carrega um grau de interconexão social elevado. Isso significa que os efeitos do precedente transcendem a vinculação normativa estabelecida ou argumentativa da arena judicial, espalhando-se para o terreno da política e das relações sociais, adquirindo o que talvez possamos denominar de uma *vinculação social* ou redes sociais que sustentam a sua normatividade. Tanto é assim que, por exemplo, na sabatina no Senado americano durante o período Bush, nenhum eleito negou a importância do caso *Brown vs. Board of Education*, ainda que deixassem entrever as próprias dúvidas sobre a necessidade de manter hoje certas políticas de combate à segregação racial nos EUA. Esse é um indício claro de que, além das normas contidas expressamente no texto constitucional, os precedentes mais relevantes se tornam cânones na interpretação e aplicação do direito com uma vinculação social, política ou moral.

Superprecedentes são **precedentes de difícil ou reduzida chance de superação** (*overruling*), o que se dá não pela necessária unanimidade de tal precedente (judicial ou social), mas pela dificuldade de se conseguir nos tribunais interpretações diversas (casos no qual se tentará uma interpretação parcialmente divergente), bem como porque parte substancial da doutrina e da compreensão constitucional do ordenamento está baseada naquele entendimento expresso no precedente. Sua superação significaria a queda de uma parte significativa das normas vigentes ou uma intensa de transformação interpretativa por parte das redes que sustentam os precedentes, o que ditará os que são majoritários e rotulará os minoritários em relação ao assunto tratado no precedente. Os superprecedentes só são possíveis (ou só deveriam ser possíveis) quando um movimento constitucional consegue influenciar fortemente os três ramos do governo nacional, adquirindo a legitimidade popular para a sua construção (ACKERMAN, 2007, p. 1776).

Por isso, na linha de pensamento de Ackerman, um superprecedente pode ser visto quase como uma “reforma constitucional de fato”, ou seja, sem que tenha havido uma emenda à Constituição aprovada pelo parlamento, aprova-se um precedente que produz uma mudança profunda da interpretação da Constituição. Considerando que o autor pensa a questão para realidade norte-americana onde é extremamente difícil alterar a Constituição, esses

superprecedentes são vistos em alguma medida como uma válvula de escape para a extrema rigidez constitucional do sistema norte-americano.³³ Vale refletir que, embora não tenhamos no Brasil a mesma rigidez normativa, algumas pautas políticas de minorias em especial são extremamente obstruídas no Congresso, de modo que o Judiciário pode desempenhar um papel importante em destravá-las, oferecendo essa quase “reforma de fato”.

Precedentes, como o da união estável às relações homoafetivas (ADPF 132/RJ; ADI 4.277/DF³⁴), alteraram substancialmente uma interpretação literal, formalista e conservadora da Constituição, permitindo uma interpretação do art. 226, § 5º, da Constituição de 1988 como uma norma geral inclusiva a abranger as uniões entre pessoas do mesmo sexo, como uniões estáveis ou como uma nova espécie de união igualmente digna de proteção e respeito. Trata-se de uma reforma de fato do texto, que se explica não apenas por fatores institucionais ou sistemáticos da Constituição de 1988, mas também por meio de uma interpretação histórico evolutiva. As mudanças na cultura e nos costumes sociais exigem a implementação de um novo arranjo de tolerância entre as formas de afeto. Dois exemplos da vida social brasileira ilustram bem isso. O primeiro, oriundo do vídeo da série no YouTube, “Grandes julgamentos do STF”, registra a cena após o julgamento, próximo ao prédio da Corte, onde um grupo GLSTBI cantava: “STF arrasou; é a vitória do amor”.³⁵ O segundo exemplo, para além da cercania do tribunal, foi um episódio ocorrido após a decisão: o primeiro beijo gay foi veiculado em horário nobre para todo o país uma novela “Amor à vida” de uma das principais emissoras de TV do país, a rede Globo – o beijo entre os personagens Felix e Nico. Movimentos sociais e STF parecem convergir para a construção de uma sociedade sem preconceitos, livre justa e solidária, tolerante e plural (SENRA, 2012) como quer o art. 3º. Note-se que há uma mudança dos fatos e da própria moralidade institucional dominante que atualiza o sentido da Constituição.

Por isso, na mesma linha de Bruce Ackerman e Michael Gehardt, alguns precedentes enraízam-se tão profundamente no direito e na cultura jurídica e institucional, tornando-se praticamente imunes à possibilidade de alteração. Essa imunidade decorre da consistência interna dos casos, do contexto em que ele está embebido, mas também e, sobretudo, das redes de pessoas e organizações integrantes dessa cultura jurídica que oferecem um suporte para que sejam capazes de resistir. Essas decisões manifestam-se como instâncias claras em que os valores sociais e institucionais são promovidos por meio da fidelidade simbólica ou real aos precedentes mantidos, de modo que eles se tornam fontes de consistência, estabilidade,

...

³³ Sobre a rigidez constitucional não apenas como uma determinação normativa, mas como uma questão cultural, confira-se o criativo trabalho de Rodrigo Brandão (2008, p. 255-295).

³⁴ STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011, *DJe* 13/11/2011.

³⁵ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ab4qdpIOhek>>. Acesso em 28 nov. 2016.

previsibilidade e confiança social do ordenamento jurídico como um todo (GEHARDT, 2008, p. 178).

Desdobrando o estudo dos superprecedentes em espécies, o autor chega até mesmo a propor uma classificação em superprecedentes (i) de caráter fundacional de práticas institucionais, como *Marbury vs. Madison* que implementou o *judicial review*; (ii) de caráter fundador de uma doutrina, como o caso *Baker vs. Carr* que consolidou a doutrina que exige critérios muito severos ou praticamente a não justiciabilidade de questões políticas; e (iii) oriundos de decisões fundacionais, que na sua visão seriam superprecedentes que reúnem cinco características, tais como duração no tempo, aprovação das autoridades públicas, desenvolvimento de uma doutrina constitucional em uma ou mais áreas, sendo amplamente reconhecidos pelas cortes, tal como o caso *Roe vs. Wade*.

O último ponto é particularmente interessante, no pensamento de Michael Gehardt, quando o autor destaca o contrário do que seria intuitivo: um superprecedente não se restringe a decisões populares ou famosas. Alguns superprecedentes podem inclusive ser objeto de críticas ou tentativas de superação popular. O importante é ser difícil de alterar, ser capaz de resistir. O contrário também é verdadeiro: não basta que os casos sejam famosos para se tornarem imediatamente superprecedentes. Os casos *Lochner vs. New York* e *Dred Scott vs. Stanford* não são superprecedentes, porque, embora sejam amplamente conhecidos, já que **não desfrutam mais de redes que suportem a sua normatividade** (GEHARDT, 1991-1992, p. 184-185).

Michael Sinclair também destaca que os superprecedentes são geralmente referenciais ou decisões pioneiras no seu domínio, capazes de estabelecer um incremento da confiança judicial em seu âmbito. O autor acaba por aproximar os superprecedentes do *leading case*, mas o caracteriza com algo além: os superprecedentes adquirem um *status* de razoavelmente “inabalável”, desfrutam de prestígio popular e confiança profissional em geral e dos juízes posteriores à decisão tomada. Por essa razão, o superprecedente pressupõe uma mudança bastante elevada na mudança da cultura sociojurídica, como as encontradas em precedentes representativos de suas épocas, como os casos da Suprema Corte norte-americana *Marbury vs. Madison* (controle de constitucionalidade), *Brown vs. Board of Education* (dessegregação racial nas escolas) ou *Roe vs. Wade* (possibilidade do aborto nos três primeiros meses) (SINCLAIR, 2007 p. 410).

O avesso do superprecedente é mini ou microprecedente. Enquanto aqueles possuem um enorme poder, oriundo de uma espécie de maior prestígio e “supervinculação” (*super stare decisis*), mesmo quando não se tenha sido estabelecido em uma hierarquia coativa ou linear entre os precedentes; esses miniprecedentes, segundo Michael Sinclair, possuem descrições intuitivas, frágeis, estreitas e fáceis de evitar (SINCLAIR, 2007 p. 411). Afinal, nem só de grandes temas e casos históricos vive uma Corte Constitucional. Parte substancial do trabalho judicial são decisões cotidianas, de reduzido impacto e desprovido de reflexões mais profundas, salvo em relação à solução daquele caso de forma pontual e compatível com o

ordenamento jurídico de sua época. Parafraseando Bruce Ackerman, talvez a diferença entre um superprecedente e um miniprecedente seja a diferença entre uma política judicial cotidiana e a política extraordinária (ACKERMAN, 1989, p. 453-547). A paráfrase é coerente com o pensamento do autor tendo em vista que ele mesmo afirma que os precedentes do *New Deal* é o que melhor representa a sua compreensão de democracia dualista (ACKERMAN, 1993, p. 56 e ss.), ao afirmar que *Brown vs. Board of Education* (1954) consolida uma iniciativa política igualitária entre brancos e negros e *Griswold vs. Connecticut* (1965) que garantiu o direito à privacidade da mulher em usar anticoncepcionais, auxiliará a mobilização política nos anos 1970 e 1980, por exemplo, no caso *Roe vs. Wade* (1973). Ackerman chega a afirmar que esses casos acabam por adquirir uma importância central na interpretação política, como que profética das críticas às injustiças a inspirar um senso de “verdade moral” (ACKERMAN, 1993, p. 137 e ss).

Em síntese, a partir de uma correlação de ideias presentes nos diversos autores existentes, é possível conceituar os superprecedentes como decisões sobre temas amplos e gerais, aptos a pacificar razoavelmente certas disputas políticas e sociais, adquirindo uma vinculação forte do ponto de vista jurídico e político-sociológico com uma realidade viva e dinâmica. Em outras palavras, possuem as seguintes características: (i) são amplos e não precisos; (ii) pacificam em alguma medida disputas políticas, morais ou sociais; (iii) possuem uma vinculação jurídica e social que se relaciona com a constituição viva, o que dificulta a sua superação; e (iv) mais do que fama, possuem redes sociais que sustentam a sua normatividade ética, econômica, política e juridicamente, já que podem existir precedentes extremamente conhecidos que não desfrutam mais de normatividade hoje por ter perdido o suporte institucional e dos grupos sociais para mantê-los.

APONTAMENTOS FINAIS

Debater a vinculação entre precedentes e cultura ganha relevo num cenário em que os casos do STF tornam-se, por isso, grandes em número de página e em importância, dotados de redes que sustentam a sua normatividade, amplamente conhecidos no senso comum jurídico e também para além da área. Não há hoje, por exemplo, cidadão no país que não tenha pelo menos ouvido falar no Mensalão (AP 480). Muito ainda precisa ser feito para que se vivencie plenamente uma cultura de precedentes no Brasil, que sirva, a um só tempo, para tomar decisões relevantes institucionalmente, mas também para fomentar o debate público sobre certos temas.

Ainda assim, é interessante notar que o cenário se encontra em efetiva e franca transformação. O Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso do Mensalão, por exemplo, tornou-se, sem exagero e, apesar das críticas de diversas associações, o Ministro mais popular da história recente do tribunal, chegando a ter seu rosto estampado em máscaras de carnaval, sua capa comparada à do super-herói “Batman” nas redes sociais e, para além de questões folclóricas,

estima-se até mesmo que, caso fosse candidato à Presidência da República (ou a outro cargo), teria um número expressivo de votos.

O esquema para nomear juízes antes da posse do novo Presidente (*Marbury vs. Madison*) difere sem dúvida do esquema de compra de votos do Mensalão. Estamos tampouco dizendo que é possível equiparar plenamente o caso Ellwanger ao caso *Brown vs. Board of Education*, porque o editor que publicava material de teor antissemita no sul do Brasil guarda pouca relação com os diretores das escolas que praticavam a segregação racial nos Estados Unidos, a não ser pela problematização da igualdade entre as pessoas.

Certamente, o Chief Justice Rehnquist não é o Ministro Moreira Alves (ARGUELHES, 2014), tampouco o Chief Justice Warren pode ser equiparado ao Ministro Gilmar Mendes (LEGALE; BARACHO, 2013). A Suprema Corte americana não é idêntica ao Supremo Tribunal Federal, que também acumula outras competências originárias e recursais que não são típicas de cortes constitucionais exclusivas, mesmo com o avanço da Emenda ao Regimento Internacional do STF 49/2014 que acabou por concentrar o controle abstrato e os RE no Plenário. As comparações e diferenciações são possíveis e interessantes, mas as realidades e culturas jurídicas dos EUA e do Brasil são diferentes. Isso deve ser levado em conta ao se trabalhar com uma teoria comum do precedente para os países de *common law* e *civil law*.

Ambas possuem pontos positivos e negativos com aspectos que merecem elogios e críticas. Ao menos nessa comparação, percebe-se a aproximação entre os modelos de *common law* e *civil law*, bem como resta evidente que os precedentes do Supremo Tribunal Federal não são mais como eram antigamente no tempo de Rui Barbosa, quando nascia o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Das inúmeras decisões de efeito meramente persuasivos dos primeiros anos da Constituição de 1988, sob a judicatura do Ministro Moreira Alves, vemos hoje, com a atuação do Ministro Gilmar Mendes, uma gama de decisões do STF, televisionadas pela TV Justiça, divulgadas no YouTube, debatidas nos jornais e que não raro contam com audiências públicas para refletir qual seria a melhor decisão com a sociedade e agentes públicas, convocadas pela própria Corte.

Mobilizamos, por isso, o conceito superprecedente pensado a partir dos pressupostos de uma cultura institucional, inserido naquela tradição norte-americana originalmente, apenas para que percebamos os principais traços em transformação em nossa própria realidade da qual as decisões do STF não só recebem influências de intérpretes não oficiais da Constituição, mas também e cada vez mais influencia as decisões políticas, econômicas e sociais do país como um todo. Se não saímos dos miniprecedentes para os superprecedentes, passamos pelo menos de uma cultura de pseudoprecedentes para os precedentes em processo de fortalecimento e transformação.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Somos gratos a diversas pessoas e instituições que contribuíram para a realização deste trabalho. Agradecemos, principalmente, ao professor da UFF Dr. Marco Antônio Macedo por despertar nosso interesse pelo tema, pelas indicações bibliográficas, críticas e debates sem os quais muitas das ideias desenvolvidas aqui não seriam possíveis. Agradecemos, ainda a Margarida Lacombe, Rachel Herdy e José Ribas Vieira, com os quais discutimos esse e diversos temas no âmbito do OJB na UFRJ. Somos gratos, também, ao prof. Thomas da Rosa Bustamante, por nos disponibilizar gentilmente artigos de sua autoria sobre precedentes. Ao prof. Rodrigo Brandão, cujo grupo de pesquisa expandiu nossa visão sobre o STF e as cortes constitucionais em perspectiva comparada. Agradecemos, ainda, ao prof. Alonso Freire, cujo diálogo e amizade têm nos feito amadurecer alguns aspectos sobre a teoria do direito, em especial sobre Ronald Dworkin. Embora tenhamos ficado com as “raposas” (Sunstein, Ackerman, Posner, Gerhardt e outros), devemos confessar que muitos pontos de vista ou críticas dos “ouriços” contribuíram decisivamente para aperfeiçoar aspectos relevantes para este trabalho. Agradecemos ao prof. Marcelo Novelino, que, gentilmente, disponibilizou sua tese, ainda, inédita sobre um interessante modelo multifatorial de tomada de decisão pelos juízes. Somos gratos ainda, ao prof. Alisson Martins pela sugestão crítica sobre a necessidade de dedicar atenção ao processo de construção de precedentes de forma mais democrática, “participativa”. Somos gratos aos amigos Felipe Fonte, Marcio Senra, Rodrigo Gismondi, Lidia Castilho, Marcus Bacellar, Paulo Conti, David Gomes e Simone Martins, pelas críticas e sugestões ao resumo base para este artigo, seja na apresentação oral originalmente no I Congresso Internacional de direito constitucional e filosofia da UFMG em 2014, seja por meio do site <www.academia.edu>, na sessão de março em que foram fornecidos subsídios importantes para aprimorar algumas ideias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. London: The Belk Press of Harvard University Press, 1993.

_____. Constitutional Politics/Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, 1989.

_____. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, May 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Precedent in Federal Republic of Germany. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das capacidades institucionais: entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 38, 2011.

_____. Poder não é querer: judicialização da política e preferências restritivas no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, *Universitas IUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

BAHIA, Alexandre. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta? *Justificando*. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS n. 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: MORAIS, Jose Luiz Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães (coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A razão sem voto*. 2014, mimeo.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado* n. 10. [S.l.], 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis* v. 5, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Consultor Jurídico*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Rigidez Constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1980*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, v. 01, p. 255-295, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídico nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (Org.). *Precedent and the law*. Bruxelles: Extrait, 2007.

_____. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* n. 106, 2013.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado pelo Programa de Pós-graduação da UERJ, 2014.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: o caso Ellwanger*. 2005, mimeo.

CIRAUDO, Mário Henrique de Araújo. *Autoritarismo Sumular no Pós Emenda 45*. Niterói: Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito): Universidade Federal Fluminense, 2011.

CRUZ ETUCCI, Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUXUBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Law as interpretation. *Texas Law Review*, n. 60, 1980.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ESKRIDGE JR., William N.; FERREJOHN, John. Super-Statutes. *Duke Law Journal*, v. 50, 2001.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. A estabilização de expectativas de comportamento por meio de uma jurisprudência íntegra. 2014, mimeo.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Gen/LTC, 2012.

GEHARDT, Michael J. *The power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008.

_____. The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory. *George Washington Law Review*, v. 60, n. 1, 1991-1992.

GLEN, Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, 1930.

HAYWARD, Allison R. The Per Curiam Opinion of Steel: Buckley v. Valeo as Superprecedent? Clues from Wisconsin and Vermont. *Cato Supreme Court Review*, 2005-2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923459>. Acesso em: 12 ago. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. 1 e vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide *Fordham Law Review*, v. 75, 2006.

LANDER, William M.; POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, 1976.

LEGALE, Siddharta; BARACHO, Eric. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, 2013.

_____. Superprecedentes. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; REZENDE, Élcio Nacur (Orgs). *I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. O Futuro do Constitucionalismo: Perspectivas para a Democratização do Direito Constitucional. Caderno de Resumos. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10984323/O_que_%C3%A9_um_superprecedente_Um_ensaio..> Acesso em: 28 nov. 2016.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of Law: new approaches to legal positivism*. Boston: R Reidel Publishing Company, 1992.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado defendida na PUC-RJ, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. Onze Ilhas. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. O ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Org.). *O novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NUNES, Dierle et al. Alguns problemas da adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas da UFOP* v. 1, n. 1, 2013.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez*. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 14, 1993.
- PECZENIK, Aleksander. The binding for of precedent. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2013.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. Da objetivação do recurso extraordinário à valorização da jurisprudência: *common law* à brasileira? In: FUX, Luiz (Org.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação constitucional – reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, 1987. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 22 jul. 2012.
- SENRA, Marcio. Desacordos morais razoáveis, democracia e jurisdição constitucional. [S.l.], 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/10747214/Desacordos_morais_razo%C3%A1veis_democracia_e_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional>. Acesso em: 28 nov. 2016.
- SGARBI, Adrian. Ronald Dworkin (Levando os direitos à sério). *Clássicos do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Celso Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SINCLAIR, Michael. Precedent, superprecedent. *George Mason Law Review*, v. 14, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.georgemasonlawreview.org/14-2/>>. Acesso em: 1 ago. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. *Teoria da Constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constitution of Many Minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before*. 3. ed. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2011.

_____. Interest Groups in American Public Law. *Stanford Law Review*, v. 38, n. 1, Nov. 1985.

_____. Second-Order Perfectionism. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 319*. Chicago, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=948788>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, 2007.

_____. Incompletely theorized agreements in constitutional law. *Public law and legal theory working paper No. 147*. Chicago, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=957369>. Acesso em: 28 nov. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. There is nothing interpretation just is. *Harvard Law School*, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2489088>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. *Ethics*, v. 110, 1999.

_____; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156*, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=320245>. Acesso em: 28 nov. 2016.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACMACORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

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*, v. 5, n. 1, jan.-jun., 2009.

_____. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Siddharta Legale

PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA UFJF-GV.
DOUTORANDO EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UERJ.
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E BACHAREL PELA UFF.
EDITOR-GERENTE DA REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL E COMPARADO DA UFJF.
COORDENADOR DO CANAL NO YOUTUBE *DEBATES VIRTUAIS*.

siddhartalegale@hotmail.com