

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO DE OLIVEIRA TEIXEIRA

PRECEDENTES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
POR UMA APLICAÇÃO COERENTE DE PRECEDENTES PELO JUDICIÁRIO

CURITIBA

2018

LEANDRO DE OLIVEIRA TEIXEIRA

PRECEDENTES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
POR UMA APLICAÇÃO COERENTE DE PRECEDENTES PELO JUDICIÁRIO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2018

À minha família e aos meus amigos, toda
a minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à professora Estefânia Barboza, pela orientação e pelo exemplo de grande profissional, por ser uma pessoa que admiro e em quem muito me inspiro. Muito obrigado.

Agradeço a todos os meus professores e a todas as minhas professoras da graduação da Universidade Federal do Paraná, que muito me ensinaram, me inspiraram, me ajudaram a ter pensamento crítico e me fizeram crescer nesses últimos cinco anos.

À minha família, agradeço aos meus pais Adriane e Aldemar, à minha avó Elza, ao meu irmão Gustavo, à minha tia Jozete, por todo amor, apoio, carinho e compreensão.

Aos meus amigos, um agradecimento especial a Ana Paula de Jesus, por sempre ter me ouvido, me apoiado e ser um dos maiores presentes que a vida me trouxe; a Luísa Chudzij, por ter lido e revisado todo este trabalho, por ter me ajudado tantas e inúmeras vezes e por ser um exemplo de amizade verdadeira; a Tamy Pesinato, por ter crescido sempre ao meu lado e por nunca ter deixado de me apoiar em minhas decisões. Também agradeço aos meus amigos Bruna Lima, Maria Eduarda Dell'Avanzi, Marllon Ferreira, Matheus Bolsi, Melissa de Albuquerque, Orlando Monteiro, Raphaella do Valle, Thalyta Dolberth e Thierry Mougnot, por serem os amigos para todos os momentos cuja amizade quero levar para toda a vida.

Aos amigos de trabalho, agradeço especialmente a Enelise Almeida, por sempre ter me inspirado e incentivado a crescer; agradeço aos meus ex-chefes Lauro Gondim e Louise Garnica, por terem sido exemplos de grandes profissionais e por terem tido toda a paciência em me ensinarem as maravilhas do direito; agradeço também a Dayane Lourenço, Talita Fanine e Thays Carvalho pela amizade e por toda a paciência em me ensinarem tudo o que aprendi nos meus primeiros passos no mundo jurídico.

A todos os outros que passaram pela minha vida, meus sinceros agradecimentos.

“Equality is the indispensable virtue of democratic sovereignty. A legitimate government must treat all its citizens as equals, that is, with equal respect and concern (...).”

(Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality – Ronald M. Dworkin)

RESUMO

Percebe-se, atualmente, que tanto a tradição jurídica do *civil law* quanto a do *common law* se aproximam cada vez mais: os países do *common law* vêm acolhendo os códigos escritos, enquanto os países de *civil law* vêm adotando o direito jurisprudencial e buscando a uniformidade e coerência das decisões judiciais por meio dos precedentes. Objetiva-se neste trabalho analisar a importância dos precedentes e seus institutos dentro do sistema jurídico brasileiro, os quais foram inseridos pelo legislador nacional expressamente no Novo Código de Processo Civil, como forma de dar mais previsibilidade, integridade e coerência às decisões judiciais, além de verificar como os precedentes e a teoria dos precedentes devem ser projetados nas decisões judiciais. Para tanto, utiliza-se como procedimentos metodológicos dados estatísticos processuais do Supremo Tribunal Federal e pesquisas doutrinária e jurisprudencial. Analisam-se, posteriormente, como as regras e os princípios devem ser aplicados às decisões judiciais, em especial em relação aos *hard cases* na jurisdição constitucional, para que haja, assim, um sistema de precedentes. Na ausência de regras legais, o Judiciário, que é o ramo de Poder não eleito diretamente pelo povo, deve proferir uma decisão baseada em princípios e não deve pronunciar decisões consequencialistas, pragmáticas ou utilitaristas, pois estas são tomadas pelos Poderes Legislativo ou Executivo. Ao Judiciário cabe, portanto, decidir conforme regras ou princípios, além de observar o “romance em cadeia” e a “força gravitacional dos precedentes” de Ronald Dworkin, de modo a manter o ordenamento jurídico coerente e íntegro. Ainda, procura-se estabelecer quais são alguns fatores, atualmente, que impedem um sistema de precedentes – especialmente em relação à Suprema Corte brasileira –, como a falta de critérios metodológicos na invocação do direito comparado nas decisões, uma vez que o direito estrangeiro invocado sem critérios metodológicos gera um direito anacrônico ou descontextualizado dentro do sistema interno, impedindo a formação de um sistema de precedentes. Além disso, têm-se fatores estruturais da Corte: o alto volume de demandas, a falta de deliberação no processo decisório da Corte, os recorrentes pedidos de vista de processos, as decisões monocráticas, entre outros. Em seguida, pretende-se demonstrar, por meio de casos emblemáticos, como seria a correta aplicação da teoria de precedentes nestes casos: o primeiro deles, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, sobre a discussão da restrição de transfusão de sangue por homens homossexuais; e o segundo caso, o Habeas Corpus 126.292, que discute a execução provisória da pena após segunda instância. Por fim, conclui-se que embora existam fatores que obstem a formação de um sistema de precedentes no Brasil - baseados em decisões coerentes, estáveis e previsíveis - estes podem ser enfrentados e racionalizados com a correta aplicação da teoria dos precedentes, a partir das aproximações com a tradição jurídica do *common law*, como um primeiro passo a fim de regulamentar o sistema jurídico ao garantir mais segurança jurídica no Estado de Direito brasileiro.

Palavras-chave: Precedentes. Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Novo Código de Processo Civil. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Currently, it is perceived that both the civil law and common law legal traditions are increasingly approaching: common law countries have been embracing written codes, while civil law countries have been adopting the jurisprudential law and seeking the uniformity and coherence of judicial decisions through precedents. The objective of this study is to analyze the importance of precedents and their institutes within the Brazilian legal system, which were expressly inserted in the New Civil Procedure Code by the national legislator, as a way of to ensure more predictability, integrity and coherence to the judicial decisions, besides verifying how the precedents and the theory of precedents must be projected in the judicial decisions. For this purpose, procedural statistical data of the Supreme Federal Court and doctrinal and jurisprudential researches are used as methodological procedures. Later, it is analyzed how rules and principles must be applied to the judicial decisions, especially with regard to hard cases in the constitutional jurisdiction, so that there is a system of precedents. In the absence of legal rules, the Judiciary, which is the branch of Power not directly elected by the people, must utter a principle-based decision and must not utter consequentialist, pragmatic or utilitarian decisions, because these are taken by the Legislative or Executive Powers. Therefore, the Judiciary must decide according to rules or principles, in addition to observing Ronald Dworkin's "chain novel" and "gravitational force of precedents", in order to keep the legal order coherent and complete. Still, it is tried to establish which are some factors, currently, that prevent a system of precedents – particularly with respect to the Brazilian Supreme Court –, such as the lack of methodological criteria in the invocation of comparative law in decisions, since the foreign law invoked without methodological criteria generates an anachronistic or a decontextualized law within the internal system, preventing the formation of a system of precedents. In addition, there are structural problems of the Court: the high volume of demands, the lack of deliberation in the Court's decision-making process, the recurring requests for examination of the records, monocratic decisions, among others. Then, it is tried to demonstrate, through emblematic cases, how it would be the correct application of the theory of precedents in these cases: the first one, the Direct Action of Unconstitutionality 5543, which is about the discussion of the blood transfusion restriction by homosexual men; and the second case, the Habeas Corpus 126.292, that discusses the provisional execution of a condemnatory criminal judgment after condemnation in the second instance. Lastly, it is concluded that there are factors that prevent the formation of a system of precedents in Brazil - based on coherent, stable and predictable decisions - these can be confronted and rationalized with the correct application of the theory of precedents from the approximations with the common law legal tradition, as a first step in order to regulate a more complete and coherent system by guaranteeing more legal certainty in the Rule of Law in Brazil.

Keywords: Precedents. Supreme Federal Court. Constitutional Jurisdiction. New Civil Procedure Code. Legal Certainty.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 PRECEDENTES | 10 |
| 2.1 Segurança Jurídica no Estado de Direito: os Precedentes no Sistema do <i>Civil Law</i> no Brasil | 10 |
| 2.2 Decisões, Precedentes e Dworkin..... | 21 |
| 3 ÓBICES À FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL ... | 29 |
| 3.1 Direito Comparado e Precedentes | 29 |
| 3.2 Desenho Institucional da Suprema Corte Brasileira | 36 |
| 4 PRECEDENTES E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS | 44 |
| 4.1 Doação de Sangue por Homens Homossexuais – ADI 5543/DF | 44 |
| 4.2 Prisão após Sentença Condenatória em Segundo Grau – HC 126.292/SP | 51 |
| 5 CONCLUSÃO | 62 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 65 |

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é um dos atributos mais significativos de todo e qualquer Estado de Direito. Nos países do *civil law*, a segurança jurídica se deu por meio dos códigos escritos, enquanto nos países do *common law*, por meio dos precedentes. Atualmente, com a aproximação das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, percebe-se a relevância do estudo dos precedentes no Brasil, relevância esta que se tornou mais notória a partir dos artigos 926 e 927 no Código de Processo Civil de 2015. Este trabalho tem como objetivo e proposta analisar os precedentes, seus institutos e a teoria de Ronald Dworkin, especialmente relacionado à utilização dos precedentes na jurisdição constitucional, levando-se em conta como uma decisão judicial deve ser proferida para se tornar um precedente, explorando as concepções de Dworkin e verificando a aplicação dos precedentes a fim de manter a unidade, integridade, estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico. Para tanto, utiliza-se como metodologia científica a pesquisa doutrinária por meio de bibliografias acerca do tema, a pesquisa jurisprudencial a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal e dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, examina-se a importância de ter os precedentes nos sistemas jurídicos de tradição do *civil law* a partir da aproximação com a tradição jurídica do *common law*, tal como no caso do Brasil a fim de garantir mais segurança jurídica ao Estado de Direito brasileiro. Com a previsão dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, seria este um primeiro passo para uma cultura e um sistema de precedentes no país. Ainda, analisa-se os institutos dos precedentes. Além disso, neste capítulo estudam-se como as decisões judiciais devem ser proferidas com a finalidade de se garantir um sistema de precedentes, seguindo-se os ensinamentos de Ronald Dworkin acerca de regras, princípios, o “romance em cadeia” e a “força gravitacional dos precedentes”.

No segundo capítulo, são analisados alguns óbices à formação de um sistema de precedentes: o primeiro deles em relação ao direito comparado, à falta de critérios quanto à invocação do direito estrangeiro nas decisões judiciais, muitas vezes de forma descontextualizada e discricionária, de modo tão apenas a reforçar argumentos já apresentados nas decisões, o que fragiliza as decisões judiciais e as tornam objetáveis; o segundo óbice estaria relacionado ao desenho institucional da

Suprema Corte brasileira: seria uma Corte mais pautada na atuação e ação individual de um Ministro ao invés da colegialidade, deixando em segundo plano a definição de uma razão de decidir bem delineada dos casos julgados que vincularão próximos casos futuros, etc., sendo todos estes fatores que prejudicam a formulação de precedentes.

Por fim, no terceiro e último capítulo, verifica-se dois casos atuais e de grande relevância e como os precedentes, seguindo-se todo o arcabouço teórico, metodológico, etc. abordados anteriormente, deveriam ser aplicados nestes casos. O primeiro deles trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF acerca da restrição de doação e transfusão de sangue por homens homossexuais, e o segundo caso trata-se do *habeas corpus* 126.292/SP, sobre a prisão após sentença condenatória em segundo grau a partir da relativização do princípio constitucional da presunção de inocência.

2 PRECEDENTES

2.1 SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DE DIREITO: OS PRECEDENTES NO SISTEMA DO *CIVIL LAW* NO BRASIL

Uma das características ou um dos objetivos mais estruturantes de todo e qualquer Estado de Direito na contemporaneidade é a segurança jurídica. Isso porque a compreensão de Estado de Direito envolve, além da limitação do Estado e dos indivíduos à lei, a previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico, sem que haja alterações das relações jurídicas de forma abrupta e a todo o momento, de modo que os indivíduos possam, baseando-se no sistema jurídico, antever suas condutas.¹

Dessa forma, a relação entre Estado de Direito e segurança jurídica é inequívoca. Cabe, portanto, caracterizar ambos os conceitos. Luigi Ferrajoli apresenta o conceito de Estado de Direito, em seu sentido substancial, como aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão limitados e vinculados à lei e aos seus conteúdos legais.² Enquanto isso, a segurança jurídica, segundo Luiz Guilherme Marinoni, é tida como “(...) estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta (...)”.³

Nesse sentido, Alexandre Freire e Alonso Freire explicam que a segurança jurídica é um dos pilares do Estado do Direito, que tem como sua premissa fundamental “(...) garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações (...)”.⁴ Assim, a noção de segurança jurídica encontra-se intrínseca ao conceito de Estado de Direito.

Pode-se afirmar, então, que o Brasil é um Estado de Direito, mais precisamente um Estado Democrático de Direito⁵, conforme observado a partir da

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía Política, n. 17, 2001, p. 31. Disponível em: <<https://goo.gl/rpgpWz>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 96.

⁴ FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 950, dez. 2014, p. 211.

⁵ Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, o Estado Democrático de Direito refere-se “(...) ao papel do Direito e da justiça constitucional, na busca da realização dos valores substantivos

leitura do *caput* do artigo 1º da Constituição Federal⁶, o que se conclui, conseqüentemente, que a segurança jurídica também é um dos fins a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, a partir do entendimento de que todos estão submetidos ao direito pré-estabelecido, em qualquer Estado de Direito, deve existir como objetivo a previsibilidade dos indivíduos em relação às relações jurídicas e ao próprio sistema jurídico. Portanto, Estado de Direito e segurança jurídica estão intimamente ligados. Por decorrência disso, a questão da previsibilidade e, propriamente, da segurança jurídica, sempre foi a preocupação de países fundados em Estados de Direito, seja nos países de tradição jurídica de *civil law* seja nos países de tradição do *common law*, em relação a seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Inicialmente, é importante diferenciar os dois sistemas jurisdicionais (ou tradições jurídicas) supramencionados – o *civil law* e o *common law* –, os quais tiveram maior impacto no mundo jurídico Ocidental, para compreender como se deu a questão da segurança jurídica nos Estados de Direito fundados nessas tradições jurídicas. Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, o primeiro deles, o *civil law* (ou sistema romano-germânico) teve sua origem no século 450 a.C. a partir da Lei das XII Tábuas⁷, mas foi com a Revolução Francesa, no século XVII, dentro do contexto de Estado de Direito e também de desconfiança do povo pelo Poder Judiciário – na crença de que o Poder Legislativo seria dentre todos o poder mais “legítimo” – o momento histórico que levou à codificação do direito, com o propósito de possibilitar o conhecimento e acesso às leis por todos os indivíduos, ou seja, de viabilizar a todos a previsibilidade e a completude do direito por meio dos códigos.⁸ Já o *common law*, por outro lado, originou-se na Inglaterra medieval no século XI, sendo um direito histórico⁹ e que representava os costumes gerais e costumes

estabelecidos pela Carta Constitucional e, principalmente, no que se refere ao papel político nela estabelecido, a fim de se alcançar uma democracia real, na busca de uma igualdade efetiva entre seus cidadãos.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 149).

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

⁸ Ibidem, p. 71.

⁹ Ibidem, p. 44.

particulares de partes do reino¹⁰, ou seja, o direito casuístico¹¹, o direito comum. O *common law*, segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, seria um direito histórico, com um papel relevante da jurisprudência no ordenamento jurídico, além de não ser codificado¹², enquanto o *civil law* teria como característica particular os códigos. Sendo assim, nos países adeptos à tradição do *civil law* a segurança jurídica foi assegurada pela “(...) codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito”¹³, enquanto, por outro lado, nos países de tradição do *common law*, a segurança jurídica se deu pautada nos precedentes judiciais.¹⁴

Nesse sentido, torna-se clara a importância dos precedentes judiciais na jurisdição brasileira, uma vez que, atualmente, ambas as tradições jurídicas vêm se aproximando. Um exemplo disso é que com o advento da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), o legislador pátrio demonstrou o primeiro passo¹⁵ no sentido de trazer de forma explícita a necessidade dos juízes em darem estabilidade, coerência e previsibilidade às decisões judiciais, ou seja, um ponto de partida para um sistema de precedentes, inclusive por decorrência da própria ideia de garantir mais segurança jurídica, o que pode ser observado a partir da leitura dos artigos 926 e 927 do NCPC¹⁶.

Deve-se destacar, entretanto, que tão somente a previsão expressa em lei não garante, de forma automática, um sistema de precedentes, pois a questão é muito mais complexa e vai muito além de simplesmente haver uma nova previsão

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 10.

¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., p. 44.

¹³ Ibidem, p. 234.

¹⁴ Idem.

¹⁵ STRAPASSON, Kamila Maria. *A Utilização dos Precedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro e o CPC/2015: os Precedentes Vinculantes e o Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos*. 2017. 92 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2017, p. 84.

¹⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/pNWom2>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

legal para assegurar os precedentes, uma cultura de precedentes, afinal, uma lei, por si só, pode eventualmente não modificar a tutela jurisdicional. Assim, é necessário entender os institutos do *common law*, obedecendo-se a critérios metodológicos, decidindo-se conforme regras e princípios, havendo gestão correta dos institutos, entre outros fatores, conforme será demonstrado nos capítulos a seguir. Dessa forma, os juízes, os Tribunais e as Cortes devem atuar de forma a instituírem um sistema de precedentes.

O Novo Código processual deixa claro em seus dispositivos a obrigatoriedade dos juízes de primeira instância, Tribunais e Cortes do país em observarem as decisões, em casos anteriores e semelhantes, antes de proferir uma decisão em determinado caso, de uniformizarem e de seguirem seus próprios precedentes, de modo a tratar os jurisdicionados, em casos semelhantes, de forma igual (*treat like cases alike*)¹⁷, pois isso estaria relacionado à própria ideia e lógica da segurança jurídica em um Estado de Direito, à previsibilidade das decisões judiciais e ao tratamento igual entre indivíduos sob a mesma situação fática¹⁸. Por essa razão, os precedentes – inclusive por decorrência de suas características – viriam a garantir a unidade, integridade, estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico.

Assim, os precedentes, nascidos no berço do *common law*, acabaram se tornando uma das principais fontes dessa tradição jurídica, assim como vêm revelando sua importância no *civil law*. Um precedente pode ser compreendido, segundo Fredie Didier Junior, como “(...) decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.¹⁹ Importante também esclarecer que precedente não se confunde necessariamente com jurisprudência, pois esta seria o “(...) conjunto de decisões reiteradas, proferidas no mesmo sentido”²⁰, enquanto aquele não necessita

¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232.

¹⁸ Em sentido contrário, alguns autores como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem a inconstitucionalidade do sistema de precedentes no Código de Processo Civil, por entender que essa previsão estaria dando poderes de competência do Legislativo ao Judiciário. Ver: NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Juspodivm, v.2, 2015, p. 441.

²⁰ CURY, Augusto Jorge. *Precedentes Judiciais Vinculantes e a Efetivação do Direito à Segurança Jurídica*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; AGUSTINHO, Eduardo; MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantasi. (Org.). *Segurança Jurídica e Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 370.

de reiteradas decisões para ser formado, bastando tão somente “(...) uma única decisão, proferida para um caso concreto e que, veiculando um princípio jurídico, seja aplicável à solução de casos futuros que com aquele se assemelham”.²¹

No Brasil, é evidente o problema da falta de coerência e uniformidade nas decisões judiciais, além da falta de apreço em seguir precedentes, muitas vezes até mesmo sendo utilizados os argumentos que os precedentes violariam a independência funcional dos juízes, com a justificativa que cada magistrado possui seus próprios “entendimentos”, argumento este que não deve subsistir, pois a falta de um sistema de precedentes pode vir a causar o problema de decisões conflitantes em relação a diferentes jurisdicionados em casos semelhantes, o que, por sua vez, fere um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da igualdade.²²

Assim, embora a construção histórica do sistema jurídico pátrio tenha se dado a partir da tradição romano germânica do *civil law*, por meio da codificação do direito, observa-se contemporaneamente uma tendente aproximação entre o sistema adotado e o do *common law*, que é amplamente defendida pela doutrina nacional²³, inclusive por já ser superada a premissa de completude do sistema tão somente pelas leis e pelos códigos, tal como pensada originariamente na tradição do *civil law*, além de que, no caso do Brasil, o país vem cada vez caminhando no sentido de um direito jurisprudencial e de um sistema de precedentes. Além do mais, atualmente, com a globalização, há um crescente diálogo entre as duas tradições jurídicas e, por consequência, as fontes de direito, como as leis escritas, os costumes e os precedentes, acabam dialogando cada vez mais entre países de diferentes tradições jurídicas.

Importante deixar claro que em que pese os precedentes judiciais serem uma das principais e mais importantes fontes do direito no sistema do *common law*, não devem ser confundidos com o *common law*, isso porque, além dos costumes e das leis, percebe-se que o *common law*, segundo Marinoni, foi “(...) compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*,

²¹ CURY, Augusto Jorge. *Precedentes Judiciais Vinculantes e a Efetivação do Direito à Segurança Jurídica*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; AGUSTINHO, Eduardo; MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantasi. (Org.). *Segurança Jurídica e Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 370.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111-112.

²³ Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 25-83.

existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*".²⁴ Em outras palavras, *common law* e precedentes não devem ser confundidos, pois o *common law* está pautado nos costumes, no direito casuístico, enquanto os precedentes, na vinculação das decisões judiciais, tendo o *common law* existido por muitos anos sem a doutrina dos precedentes.

Assim, diante do exposto, os precedentes acabam não sendo uma exclusividade do *common law* assim como as leis não são exclusivas do sistema do *civil law*.²⁵ Destaca-se ainda que a não observância de precedentes, nos países de *common law*, conforme explica Barboza, gera uma "reprovação moral" por parte da comunidade, ou seja, há uma grande "aceitação" dos precedentes nestes países²⁶, havendo uma vinculação tanto jurídica quanto moral e social, tanto que os juízes do *common law* tampouco cogitam na possibilidade de não seguir um precedente num caso concreto. Além disso, segundo Strapasson, no *common law* os precedentes se originam a partir de uma construção histórica, "(...) sendo a observância do precedente elemento costumeiro e não estabelecido em lei (...)", diferente do *civil law* brasileiro onde os precedentes vieram a partir de inserção em leis²⁷. Já no Brasil, os precedentes vieram por meio de inserção legislativa, o que difere quanto à construção e formação de um precedente nos países do *common law*. Nas palavras de Strapasson:

Ademais, no *common law* o sistema de precedentes não surgiu de reformas legislativas como no Brasil, mas sim decorreu de lenta sedimentação histórica, sendo a observância do precedente elemento costumeiro e não estabelecido em lei. No *common law* um precedente não nasce com tal qualidade, mas sim é objeto de debate e de interpretação, para dele se extraia a *ratio decidendi* e, apenas quando aceito pelas instâncias inferiores como dotado de coerência e integridade suficiente para se tornar parâmetro decisório, será considerado vinculante, enquanto, no Brasil, pelo CPC/2015 o precedente já vem dotado deste efeito, por disposição legal.²⁸

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

²⁵ LEGALE, Siddharta. *Superprecedentes*. *Rev. direito GV* [online], vol.12, n.3, set./dez. 2016, p. 813.

²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

²⁷ STRAPASSON, Kamila Maria. *A Utilização dos Precedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro e o CPC/2015: os Precedentes Vinculantes e o Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos*. 2017. 92 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2017, p. 18.

²⁸ Idem.

Portanto, a relevância dos precedentes judiciais dentro da jurisdição brasileira surge não como “importação” do modelo de precedentes judiciais originário da Inglaterra, mas sim a partir do ponto de vista de aproximar diferentes tradições jurídicas e aprender com elas, de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade do ordenamento jurídico pátrio e das decisões judiciais²⁹. Tendo em vista isso, resta necessária a compreensão do sistema de precedentes para a sua eficaz aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Além do mais, os precedentes judiciais se justificam no ordenamento jurídico brasileiro, pois a realidade social é completamente dinâmica e está em constante transformação. Associado a isso, há as inúmeras normas de caráter aberto no sistema jurídico. Isso, por consequência, acaba exigindo dos juízes uma postura mais ativa no sentido de criar o direito no caso concreto, na mesma ideia do *common law* de *judge-made law*³⁰, pois se existisse a exclusiva obrigação de sempre ter de esperar uma resposta do Poder Legislativo num caso de lacuna legislativa ou ausência de norma a ser aplicada, considerando todos os ritos e as formalidades para aprovação de uma norma previstos na Constituição e no regimento interno do Poder Legislativo, demandaria tempo indeterminado para a resolução de um caso concreto, o que restaria numa nítida violação ao direito fundamental de duração razoável do processo esculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal³¹, com igual previsão no artigo 4º do Código de Processo Civil³², e que muitas vezes, dependendo da questão a ser tratada num caso concreto, acaba exigindo uma resposta mais célere por parte do Judiciário.³³ Assim,

²⁹ Segundo Kamilla Strapasson, “Tal aproximação teria se dado, entre outros fatores, pela superação do modelo positivista, pela transferência de questões de conteúdo moral e político para o Judiciário, bem como pela adoção de inúmeras cláusulas abertas pela legislação, dependentes de interpretação”. (STRAPASSON, Kamila Maria. *A Utilização dos Precedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro e o CPC/2015: os Precedentes Vinculantes e o Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos*. 2017. 92 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2017, p. 16).

³⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

³¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

³² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/pNWom2>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

³³ Contudo, uma decisão proferida por um juiz em que a solução não seja encontrada facilmente por conta da ausência de regras, essa decisão não deve se dar forma discricionária, mas sim baseada

nas palavras de Thiago Baldani Gomes de Filippo, os precedentes vieram a valorizar as atividades legislativas:

(...) os precedentes obrigatórios, ao conferirem segurança ao ordenamento jurídico, colmatando as janelas abertas dos enunciados normativos, acabariam por valorizar as funções do Legislativo, poupando-lhes o trabalho de editar leis meramente explicativas que poderiam, inclusive, ser reputadas inconstitucionais pelo controle do Judiciário, risco inexistente para os precedentes, que sucedem quaisquer discussões de constitucionalidade ou de ilegalidade tomadas pelos integrantes do tribunal que os editou, impossibilitando-se, dessa forma, que essas questões sejam reanalisadas pelo órgão judiciário encarregado de sua aplicação.³⁴

Além do mais, segundo Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, há um grande número de normas plurissignificativas no sistema jurídico pátrio, sobretudo na Constituição Federal, por conta da existência de princípios abstratos (tais como o princípio democrático, da igualdade, da liberdade, etc.), além dos direitos fundamentais e direitos humanos, que são normas de caráter aberto e que exigem do intérprete uma leitura moral da norma.³⁵

Assim, diante de diversas normas com sentido aberto e abstrato, além de conceitos jurídicos indeterminados, contidos tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, os quais não lhe foram dados um significado prévio por parte do legislador, é outro motivo pelo qual se legitima a construção de um direito jurisprudencial e, sobretudo, de um sistema de precedentes, calcado na construção de um sistema coerente, baseado em regras e princípios.

Nesse momento, é importante destacar e compreender como se dá algumas características da doutrina dos precedentes bem como os institutos dos precedentes e sua relação com o sistema jurídico brasileiro. Quanto à doutrina dos precedentes, a doutrina do *stare decisis* é que vem a confirmar a previsibilidade, estabilidade, uniformidade e coerência dos precedentes nos países de sistema do *common law*, uma vez que essa doutrina é a que fundamenta e assegura que “(...) os precedentes

em princípios, de forma coerente e que mantenha todo o sistema jurídico íntegro, o que será abordado no último subcapítulo.

³⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. São Paulo: Cadernos Jurídicos, ano 16, n. 40, abr./jun. 2015, p. 111.

³⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estud. São Paulo: CEBRAP [online], vol.37, n.1, 2018, p. 20. Nas palavras dos autores: “(...) um texto constitucional bastante extenso, combinando tanto cláusulas vagas com conteúdo moral e uma série de regulações detalhadas e pontuais de vários aspectos da administração pública e das relações entre cidadão e Estado, encoraja a judicialização e dá aos ministros parâmetros bastante ampliados de atuação. (...)”.

devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos”³⁶, ou seja, o *stare decisis* se refere à vinculação do precedente, seja essa vinculação vertical ou horizontal. No caso do Novo Código de Processo Civil, houve uma aproximação à doutrina do *stare decisis*, tanto em relação ao *stare decisis* vertical quanto ao *stare decisis* horizontal. O artigo 926 do Código refere-se ao dever dos Tribunais em uniformizarem a sua jurisprudência e seguirem a sua própria jurisprudência, o que poderia ser entendido, dentro da doutrina do *stare decisis*, como algo semelhante ao *stare decisis* horizontal, pelo fato de os Tribunais deverem seguir os seus precedentes³⁷, garantindo segurança jurídica às próprias decisões dos Tribunais, enquanto o artigo 927 do CPC se assemelharia à ideia de *stare decisis* vertical, pelo dever dos juízes de primeira instância e Tribunais respeitarem, além de estarem vinculados, às decisões das Cortes Supremas.

Ambos os artigos supramencionados trazem um grau de aproximação dos precedentes judiciais, nascidos do berço do *common law*, com o sistema do *civil law* no Brasil, com o objetivo de dar mais estabilidade e previsibilidade às decisões judiciais³⁸, evitando-se, assim, o fenômeno do “judiciário loteria”, em que casos cujas situações fáticas são semelhantes são decididos de formas totalmente distintas, que pode ser tanto favoravelmente ou desfavoravelmente a um jurisdicionado, sob a mesma jurisdição, por juízes diferentes.

Quanto aos institutos dos precedentes judiciais, estes também foram trazidos à legislação processual, visto que alguns artigos trazem em alguma medida noções em relação a institutos dos precedentes (distinção, superação, etc.).³⁹ Dentre os institutos, é a *ratio decidendi* um dos mais importantes. Arthur L. Goodhart, citando

³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

³⁷ *Ibidem*, p. 199.

³⁸ Embora alguns doutrinadores, como Daniel Mitidiero, defendam que as hipóteses apresentadas nos artigos 926 e 927 do NCPC são exemplificativas e não retratam todas as hipóteses de precedentes no sistema jurídico, sendo que algumas das hipóteses apresentadas nos referidos artigos, inclusive, não poderiam ser consideradas como precedentes, como, por exemplo, as súmulas que são “enunciados que retratam precedentes” e não precedentes. Ver: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 131.

³⁹ Vide artigo 489, inciso VI do CPC: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; (...). (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/pNWom2>>. Acesso em: 06 ago. 2018).

um excerto de Sir John Salmond acerca da natureza de um precedente, explica a noção de *ratio decidendi* do seguinte modo:

A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the *ratio decidendi*. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract *ratio decidendi* which alone has the force of law as regards the world at large.⁴⁰

Assim, conforme trecho acima, verifica-se que o precedente é uma decisão judicial que contém um princípio e que, por consequência, forma a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação da decisão judicial, a partir de determinadas situações fáticas. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a *ratio decidendi* seria “(...) a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (...)”⁴¹, a razão de decidir. É preciso destacar, conforme explica Daniel Mitidiero, que não são todas as decisões judiciais que formam um precedente e não são todas as fundamentações que possuem força vinculante⁴², isso porque o que se torna vinculante ou obrigatório numa decisão judicial são as razões dos argumentos apresentados na decisão.⁴³ Em outras palavras, é a *ratio decidendi* que vinculará as próximas decisões futuras em casos que sejam semelhantes e que se refere à fundamentação da decisão judicial, que equivale, segundo Patrícia Perrone Mello, “(...) à questão de direito ou ao entendimento jurídico firmado pela corte vinculante para decidir o caso concreto”.⁴⁴ Vale destacar que as decisões judiciais devem possuir uma boa fundamentação, devendo a *ratio decidendi* da decisão judicial estar delineada, expondo a situação fática apresentada no caso, e a justificação ou argumentação da decisão deve estar baseada nas normas do sistema jurídico, como regras ou princípios de direito, caso contrário essas decisões dificilmente vincularão casos futuros e, por consequência, não formarão precedentes.

⁴⁰ “Um precedente, portanto, é uma decisão judicial que contém em si mesma um princípio. O princípio subjacente que forma, assim, seu elemento de autoridade é frequentemente chamado de *ratio decidendi*. A decisão concreta é vinculativa entre as partes, mas é a *ratio decidendi* abstrata que sozinha tem força de lei em relação ao mundo em geral.” (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale: Yale Law Journal, dez. 1930, p. 161).

⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

⁴² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista de Processo, v. 40, n. 245, jul. 2015, p. 343.

⁴³ Idem.

⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, 2016, p. 269.

Outro instituto dos precedentes é o *obiter dictum* ou *obiter dicta*, que se refere à parte não vinculante do precedente ou aos argumentos não vinculantes e que não compõem a *ratio decidendi*⁴⁵, ou seja, seriam considerados como *obiter dictum* as opiniões contidas nas decisões ou ainda entendimentos minoritários e votos vencidos desnecessários para a solução do caso⁴⁶, e que apesar de não possuírem força vinculante ou obrigatória em casos futuros e semelhantes, teriam certa força persuasiva.⁴⁷

Há também dentro da doutrina dos precedentes os institutos do *distinguishing* e do *overruling*, que seriam formas de não se aplicar um precedente num caso concreto. No caso do *distinguishing*, trata-se da distinção de um caso, por conta de suas peculiaridades ou argumentos diferenciados⁴⁸, em relação ao precedente que, a priori, seria aplicado ao caso, ou seja, o *distinguishing* seria a não aplicação do precedente num caso pelo fato de a situação fática concreta possuir alguma particularidade que o distingue do precedente que seria, à princípio, aplicado. Enquanto o *overruling* refere-se à superação ou revogação do precedente e a sua substituição por uma nova decisão⁴⁹, por decorrência de determinados motivos, ou porque o precedente estaria ultrapassado ou por decorrência de mudanças sociais. Então, seria possível haver o *distinguishing* ou o *overruling* das decisões, desde que, obviamente, haja uma nova *ratio decidendi* para o caso.

Nota-se, portanto, que a previsão no CPC em relação necessidade de observar aos precedentes nas decisões judiciais se traduzem no entendimento de que as decisões, diante de casos semelhantes, devem ser iguais para todos os jurisdicionados nas mesmas condições fáticas e, conseqüentemente, devem os juízes se basearem nos precedentes antes de proferir uma decisão num caso concreto, a fim de manter o ordenamento jurídico de forma coerente, em respeito à segurança jurídica.

⁴⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, 2016, p. 278.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU, ano 15, n. 3, jul/set 2016, p. 24-25.

⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 26.

⁴⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229.

A relevância dos precedentes é notória por trazer uma nova roupagem ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que, além das leis e dos códigos, os precedentes são indispensáveis para que alcançar a unidade, coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica do sistema jurídico – que são características fundamentais para se concretizar o Estado de Direito – ao aproximar o ordenamento jurídico brasileiro da tradição jurídica do *common law*.

Assim, o Novo Código de Processo Civil trouxe o ponto de partida em relação a um sistema de precedentes, ao assegurar expressamente a necessidade de se respeitar as decisões judiciais e os precedentes, a fim de garantir maior estabilidade e previsibilidade nas decisões no Estado de Direito brasileiro.

2.2 DECISÕES, PRECEDENTES E DWORKIN

Um sistema jurídico, independentemente da tradição jurídica, pode ser composto por regras e princípios, que se distinguem quanto à forma de aplicação de cada um, pois, segundo Ronald Dworkin, enquanto as regras seguem a lógica de aplicação do tudo-ou-nada⁵⁰, os princípios obedecem à lógica de aplicação na dimensão do peso ou importância.⁵¹ Sendo assim, havendo um conflito entre regras num sistema jurídico, uma delas deve ser excluída do ordenamento, pois não será válida⁵², enquanto havendo um conflito entre princípios, o que deverá ser realizado é o sopesamento dos princípios. Para Fredie Didier Junior, num caso de colisão e ponderação de princípios, o juiz ao decidir acaba solucionando o caso criando uma “regra”, sendo esta “regra”, segundo Fredie Didier, o que se chamaria de “*ratio decidendi*”.⁵³

Os casos em que existam a previsão de uma regra no ordenamento jurídico seriam mais simples de serem julgados pelos intérpretes da lei, pois não havendo colisão entre as regras e tomando-se o critério de aplicação tudo-ou-nada, o julgador apenas poderia aplicar ou deixar de aplicar a regra para solucionar o caso concreto. Por exemplo, tomando-se a norma contida no artigo 7º, inciso XIII da Constituição

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵¹ *Ibidem*, p. 42.

⁵² *Ibidem*, p. 43.

⁵³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Juspodivm, v.2, 2015, p. 452.

Federal⁵⁴, a jornada de trabalho é tão somente de 8 horas diárias ou 44 horas semanais, sendo impossível haver, neste caso, a interpretação pela ampliação ou pela restrição do sentido da norma, uma vez que se trata de uma regra e não de um princípio. E havendo uma regra que seja no sentido oposto da regra contida no artigo 7º, inciso XIII, como, por exemplo, uma regra inserida na Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT) que dite que a jornada de trabalho passaria a ser de 12 horas diárias, obviamente existiria aqui um conflito entre esta regra e a contida no artigo 7º da Constituição e, nesse caso, uma delas haveria de ser retirada do ordenamento a fim de que não houvesse antinomias.⁵⁵ Para a solução do caso, a norma legal que dita 12 horas diárias seria a excluída por ser inconstitucional ao dispor em sentido contrário à regra hierarquicamente superior da Constituição.⁵⁶

Por outro lado, diferentemente do caso acima, diante de um caso em que não haja regras, mas tão somente princípios contidos em normas do sistema jurídico, estes casos não seriam tão simples se comparados com o caso anterior, pois demandaria do juiz o sopesamento dos princípios em discussão. Um exemplo a ser citado quanto à colisão e ponderação de princípios seria o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 – ainda em julgamento –, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, em que em uma das argumentações se discute a descriminalização do aborto com base nos princípios de liberdade (liberdade de escolha da mulher gestante), da dignidade da pessoa humana da mulher, etc., enquanto de outro lado se defende a prevalência do direito à vida do nascituro (princípio da dignidade da pessoa humana), etc.

No Brasil, esses princípios em discussão são constitucionalmente protegidos conforme previsão no artigo 1º, inciso III da Carta Magna⁵⁷, colocando a dignidade

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 61. ed., 1995, p. 91.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira, além de previsão no *caput* do artigo 5º da Constituição⁵⁸, que assegura a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. Observa-se, ainda, que em nenhum momento da Constituição há alguma explicação do que seria ou poderia ser a dignidade da pessoa humana, a liberdade ou a vida, pois são normas de carácter aberto e tratam-se de direitos fundamentais que possuem grande carga de leitura moral⁵⁹ e que, por conta disso, dependem da leitura moral realizada pelos intérpretes da Constituição para a concretização de tais direitos. Este seria um caso difícil (*hard case*) por não envolver regras que ditem uma solução⁶⁰, mas sim direitos fundamentais consubstanciados em princípios na Carta Magna. E a solução não seria tão simples de ser extraída, pois dependeria do sopesamento de princípios, já que existe uma colisão entre princípios constitucionalmente protegidos.

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva ressalta que Dworkin considera que o positivismo, por sua vez compreendido como um sistema exclusivo de regras, não consegue dar conta de proferir respostas aos casos difíceis (*hard cases*), situação esta em que levaria o juiz a se valer à discricionariedade judicial nos casos de ausência de regras⁶¹, o que, evidentemente, não seria considerado benéfico levando-se em conta os preceitos de Estado de Direito e de segurança jurídica.

Por tal razão, Ronald Dworkin defende a ideia de que diante de um caso difícil e que não haja regras para a solução do caso, a decisão do julgador deveria ser pautada por princípios. Em suas palavras:

(...) se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas. (...)

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis (...), são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas. (...) ⁶²

⁵⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, p. 610.

⁶² DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 131-132.

Dessa forma, diante de um caso em que não haja regras expressas a serem aplicadas, o juiz deve se valer da aplicação de princípios ou até mesmo do sopesamento desses princípios para solucionar o caso concreto, utilizando-se de princípios previstos no ordenamento jurídico e na Carta Magna, de forma a dar coerência, unidade, previsibilidade e integridade ao ordenamento jurídico como um todo, de modo a vedar a discricionariedade judicial. Ou seja, o juiz diante de um caso sem a existência de uma regra a ser aplicada não deve proferir uma decisão discricionária e arbitrária, sem qualquer parâmetro legal, ou então se baseando em argumentos de política e em argumentos pautados no utilitarismo, no pragmatismo ou no consequencialismo como se levasse em conta o que seria útil para a sociedade ou quais seriam as consequências futuras de sua decisão. Nesse sentido, de acordo com Dworkin, os juízes deveriam, portanto, se valer de argumentos de princípios e nunca de argumentos de política em suas decisões.⁶³ Segundo Vera Karam de Chueiri, seguindo a concepção de Dworkin, o direito como integridade seria a “melhor interpretação da prática jurídica”, nestes casos, contrapondo-se ao convencionalismo e pragmatismo, que seriam estes uma “concepção rival do direito”.⁶⁴

A ideia de completude, unidade, previsibilidade, coerência e integridade do sistema jurídico para Dworkin dependeria, portanto, da utilização de princípios morais do sistema jurídico nas decisões que, por conseguinte, evitaria a discricionariedade por parte dos juízes.⁶⁵ Uma decisão baseada em pragmatismo, utilitarismo ou consequencialismo tão somente aumentaria a insegurança jurídica, além de romper com a lógica do dever do Poder Judiciário em manter o sistema jurídico coerente, íntegro, previsível e coeso. Ademais, trata-se de tarefa de outros Poderes, o Executivo ou o Legislativo, em se preocuparem, por exemplo, com medidas ou decisões utilitaristas (em prol de angariar votos de seus eleitores). Já ao Judiciário, por sua vez, por não ser um poder eleito pelo povo, cabe tão somente a tarefa de zelar pela uniformidade do direito e do sistema como um todo. Segundo Luís Roberto Barroso, os juízes devem “(...) acatar as escolhas legítimas feitas pelo

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131-132.

⁶⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. O reencantamento do direito na filosofia e da filosofia no direito: Dworkin e leitura moral da Constituição. In: PERISSIOTTI, Renato; LACERDA, Gustavo Biscaia de; SZWAJO, José. (Org.). *Curso livre de teoria política: normatividade e empiria*. 1. ed. Curitiba: Editora Appris, 2016, p. 278.

⁶⁵ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. São Paulo: Lua Nova, n. 61, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/FRXmv4>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política”.⁶⁶

Assim, decisões utilitaristas, pragmáticas ou consequencialistas não são capazes de formar precedentes, pois rompem com a racionalidade do sistema, além de romper com a própria lógica dos precedentes ao garantir a segurança jurídica, dando lugar à discricionariedade do julgador do caso concreto, pois a fundamentação ou *ratio decidendi* dessas decisões acaba se tornando mais vagas e objetáveis. Portanto, deve o julgador se valer tão apenas de regras e princípios em suas decisões, mas nunca de argumentos consequencialistas, pragmáticos, etc.

Diante disso, Dworkin apresenta suas concepções a fim de manter o sistema jurídico, decisões judiciais e os precedentes coerentes. Primeiramente, antes de proferir qualquer decisão, o julgador do caso concreto deve ter sempre em mente a própria ideia do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin, segundo a qual o juiz deve basear suas decisões levando em conta as decisões já decididas anteriormente sobre um caso, lendo o que os juízes já decidiram no passado acerca do caso e do tema para dar continuidade a esse “romance”⁶⁷, de forma coerente, previsível, íntegra. Segundo Dworkin:

(...) Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.⁶⁸

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 14. Disponível em: <<https://goo.gl/e6NQXf>>. Acesso em: 15 jul. 2018

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

⁶⁸ Idem.

Em segundo lugar, as decisões devem ser baseadas em regras ou princípios previstos no ordenamento jurídico, mas nunca em fundamentos de política. Sendo assim, segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, os juízes, ao proferirem uma decisão, devem antes de tudo manter a coerência e integridade do próximo capítulo do romance com relação aos capítulos anteriores desse mesmo romance, de modo que haja coerência às decisões já proferidas no passado, às normas e aos princípios.⁶⁹ Nas palavras de Barboza a respeito do “romance em cadeia” de Dworkin:

É possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferentemente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade.⁷⁰

E, por último, o julgador deve também se basear na “força gravitacional dos precedentes” de Ronald Dworkin, que diz respeito não somente a *ratio decidendi* de um caso ser vinculante a casos semelhantes e futuros a serem decididos por um juiz, mas, sobretudo, os princípios que embasaram a *ratio decidendi* desse caso seriam vinculantes para casos semelhantes e futuros.⁷¹ Sendo assim, segundo Barboza, decisões baseadas em princípios possuirão força gravitacional em relação aos casos futuros, enquanto decisões utilitaristas não possuirão força gravitacional.⁷²

Portanto, seria a própria lógica do “romance em cadeia” e da “força gravitacional dos precedentes” de Dworkin, além da aplicação de regras e princípios e nunca decisões políticas ou baseadas em argumentos consequencialistas, que manteria todo o sistema cada vez mais coeso e coerente, com decisões que reforçariam a integridade do sistema jurídico e seriam menos objetáveis.

À título de exemplo, num caso hipotético que envolva o pedido de um indivíduo pela concessão de um medicamento de alto custo por parte do Estado

⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266-267.

⁷⁰ Ibidem, p. 254.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179.

⁷² Ibidem, p. 249.

para fins de tratamento de um problema de saúde, argumentando com base no artigo 6º e no artigo 196 da Constituição Federal.⁷³ Sabe-se que a Carta Magna dispõe a previsão de que todos possuem o direito fundamental à saúde e que o Estado deve promover as políticas necessárias para a viabilização desse direito. O juiz, nesse caso, indefere o pedido liminarmente sob a justificativa de que, devido ao fato de o medicamento ser muito custoso, poderia vir a onerar e a desequilibrar o orçamento público, além de argumentar que as verbas públicas ao invés de serem gastadas com medicamentos custosos poderiam ser mais viáveis ou eficazes se destinadas à construção hospitais ou escolas. Nesse caso, o juiz estaria tomando uma decisão totalmente pragmática, utilitarista e consequencialista, como se num exercício de cartomancia pudesse saber o que seria ideal para a população ou para a sociedade, decidindo dentro da esfera de políticas públicas que, a princípio, seria de competência dos Poderes Executivo e Legislativo e não do Judiciário.

Sendo assim, retomando a leitura de Ronald Dworkin e tomando-a como norte, caberia ao juiz valer-se de todos os precedentes passados semelhantes a este caso, extraíndo a *ratio decidendi* e os princípios da *ratio decidendi* para construir sua decisão, analisando a aplicação do precedente ao caso em questão, de modo a dar continuidade com o “romance em cadeia”. Ainda, no caso de ausência de regras a serem aplicadas no caso, deve o juiz decidir partindo de princípios do sistema jurídico para encontrar uma solução ao caso concreto, sem ter de se rebuscar a argumentos pragmáticos, utilitaristas ou consequencialistas, pois essa não seria tarefa do Poder Judiciário, por mais que o assunto de direito envolva conteúdos de carga moral e que exijam uma leitura moral.

Dessa forma, o caso citado acima, ao ser julgado, independente de ser pelo deferimento ou pelo indeferimento do pedido, deve levar em conta os precedentes, as regras e os princípios do sistema jurídico, de modo que a decisão a ser emanada mantenha o “romance em cadeia”, vinculando as razões de decidir e princípios que embasaram essas razões de casos anteriores a este caso. Então, é possível afirmar que o Poder Judiciário poderia vir a interferir em questões que envolvam políticas, tal

⁷³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

como o caso supracitado, mas desde que decida conforme princípios contidos na Carta Magna⁷⁴, e não no pragmatismo ou consequencialismo, afinal, apenas assim haverá a formação de uma decisão coerente e íntegra com o sistema jurídico de forma contribuir com a criação de um sistema de precedentes.

Em suma, decidindo a partir de regras e princípios inseridos e previstos no sistema jurídico, a decisão acaba sendo mais coerente, coesa, uniforme e íntegra ao ordenamento jurídico como um todo. Já as decisões com base em consequencialismo ou pragmatismo não formariam precedentes, justamente por romper com toda a lógica do “romance em cadeia”, da “força gravitacional dos precedentes”, além da coerência em relação ao sistema jurídico.

Diante do exposto, além do sistema de precedentes – a partir da aproximação com o *common law* – e da teoria de Dworkin acerca de regras e princípios para aplicação nas decisões judiciais, a observância aos critérios de invocação do direito comparado, à formulação da *ratio decidendi* dos casos e a atuação de uma Suprema Corte são de suma importância e compreensão para se chegar a um sistema de precedentes, conforme será melhor abordado no capítulo seguinte.

⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da Política e controle judicial das Políticas Públicas*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan-jun, 2012, p. 80. Disponível em: <<https://goo.gl/NbX1A2>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

3 ÓBICES À FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

3.1 O USO DO DIREITO COMPARADO E PRECEDENTES

A relevância do estudo do direito comparado em relação à formação de um sistema de precedente é inequívoca, isso porque, assim como há uma aproximação entre as tradições jurídicas, existe na contemporaneidade uma crescente migração de material jurídico: normas, decisões judiciais, estrutura e desenhos institucionais, etc., se comunicam entre diferentes sistemas jurídicos, seja essa comparação do direito interno em relação ao direito estrangeiro ou ao direito internacional, ou então das Cortes brasileiras em relação às Cortes estrangeiras ou Cortes internacionais. Sujit Choudhry defende a utilização do direito comparado e, segundo o autor, valer-se de decisões judiciais estrangeiras teria um papel importante para se decidir especialmente os *hard cases* na jurisdição interna:

So foreign judgments are a source of practical wisdom to the tough business of deciding hard cases where the positive legal materials run out. (...) To cite comparative jurisprudence is to demonstrate an educated, cosmopolitan sensibility, as opposed to a narrow, inward-looking, and illiterate parochialism. (...) ⁷⁵

É importante frisar que o direito comparado tem como ponto principal o diálogo com outros sistemas, bem como a migração de ideias ou empréstimos constitucionais⁷⁶, para que, assim, haja a possibilidade de se saber e compreender a experiência jurídica de outros países na discussão de casos semelhantes e que possam servir como experiência para ser refletida e utilizada em outros países. O processo de diálogo dentro do direito comparado consiste em aprender com as jurisdições de outros países os casos que já foram enfrentados e, assim, tentar

⁷⁵ “Portanto, julgamentos estrangeiros são uma fonte de sabedoria prática para o negócio difícil de decidir *hard cases* (casos difíceis) onde os materiais legais positivos se esgotam. (...) Citar a jurisprudência comparativa é demonstrar uma sensibilidade educada e cosmopolita, em oposição a um paroquialismo restrito, com uma visão voltada para dentro, e analfabeto.” (CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 4).

⁷⁶ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “(...) Em um sentido mais estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da constituição de um país para a constituição de outro. (...)” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von, et al. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 518).

dialogar as decisões, normas e analisar como a experiência externa poderia contribuir em relação à jurisdição interna.⁷⁷

É notório que as Cortes brasileiras, especialmente o Supremo Tribunal Federal, vêm se utilizando e se rebuscando cada vez mais em suas decisões do direito comparado, sobretudo acerca das decisões judiciais de Cortes estrangeiras, como forma de aprender com as experiências de outros países, reforçar os argumentos nos votos dos Ministros e dar mais legitimidade às decisões proferidas. Entretanto, se não houver métodos ou critérios para com o direito comparado, muito provavelmente a decisão será descontextualizada da realidade fática e do próprio sistema jurídico brasileiro, bem como será deslocada de seu contexto social e jurídico de origem.⁷⁸ Portanto, segundo Marcelo Neves, “(...) Passaríamos, então, da ‘importação’ acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais”.⁷⁹

Além disso, se o direito externo for invocado como direito comparado de modo aleatório e discricionário, sem que haja maiores critérios para a seleção desse direito, isso acabará contribuindo para a formação de uma decisão objetável e, portanto, passível de *overruling*, pois se a experiência externa for incompatível com a realidade fática e com a realidade jurídica de um país, isso não contribuirá, portanto, com a formação de um sistema de precedentes justamente por não assegurar a coerência, integridade e previsibilidade do exemplo estrangeiro em

⁷⁷ CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 23-24. Nesse sentido: “Elsewhere, I have termed this use of comparative materials as ‘dialogical’. Dialogical interpretation in constitutional adjudication is an example of the type of comparative engagement that lies outside the framework of constitutional borrowing, but which falls within the scope of the migration of constitutional ideas. (...) Comparative engagement highlights the contingency of legal and constitutional order, and opens for discussion and contestation those characteristics which had remained invisible to domestic eyes. Conversely, if the assumptions are similar, one can still ask whether those assumptions ought to be shared. The types of reasons offered will vary depending on the culture of constitutional argument in the jurisdiction of the interpreting court, and may encompass constitutional text, structure, history, precedent, and normative considerations”. “Em outros lugares, eu tenho denominado este uso de materiais comparativos como ‘diológica’. A interpretação dialógica na adjudicação constitucional é um exemplo do tipo de engajamento comparativo que está fora da estrutura do empréstimo constitucional, mas que se enquadra dentro do âmbito da migração de ideias constitucionais. (...) O engajamento comparativo destaca a contingência da ordem legal e constitucional e abre para discussão e contestação aquelas características que permaneceram invisíveis aos olhos domésticos. Por outro lado, se as suposições são semelhantes, ainda é possível perguntar se essas suposições devem ser compartilhadas. Os tipos de motivos oferecidos irão variar dependendo da cultura do argumento constitucional na jurisdição do tribunal de interpretação, e podem abranger o texto constitucional, estrutura, história, precedente e considerações normativas.”

⁷⁸ NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, São Paulo, ano 51, n. 201, jan. 2014, p. 200.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 201.

relação ao sistema jurídico e que, por consequência, não poderia vincular casos semelhantes e futuros.

Uma importação de material jurídico baseada no uso do direito comparado, mas descontextualizada e anacrônica com a realidade fática e jurídica do país, portanto, não estaria adequada a criar precedentes, pois não manteria a coerência no sistema jurídico.

Assim, para que haja a formação de um sistema de precedentes, seria fundamental compreender o direito comparado de modo crítico, além de observar alguns métodos comparativos entre o uso do direito comparado entre sistemas jurídicos diferentes⁸⁰, sob pena de incorrer em anacronismo ou descontextualização da migração do direito não-nacional ao ordenamento jurídico nacional e, conseqüentemente, na fragilidade da formação de um sistema de precedentes. Para tanto, é necessário observar alguns métodos, critérios metodológicos, para que o diálogo entre diferentes jurisdições ocorra de modo coerente, para a eficaz migração e diálogo entre jurisdições.

Alonso Freire apresenta três principais requisitos importantes como métodos para que seja possível a comparação entre sistemas de países diferentes. O primeiro dos requisitos ou métodos seria o regime político adotado pelo país estrangeiro⁸¹, ou seja, o direito comparado deve ter como base a comparação entre países com o mesmo regime político, qual seja, o regime democrático⁸², isso porque países democráticos, tendem a possuir maior similitude em suas instituições. Além disso, há maior proteção dos direitos humanos em países democráticos⁸³ em relação a países autoritários ou ditatoriais, o que permite a comparação entre países. Nas palavras do autor:

(...) Esse critério é racional por que se presume que uma democracia ou, mais precisamente, as instituições políticas de estados liberais democráticos lidam com os direitos fundamentais de modo bastante diferente do modo como os regimes autoritários ou totalitários tratam esses direitos e seus titulares. Portanto, como ponto de partida, devem-se buscar

⁸⁰ Segundo Horbach, “Somente por meio do uso de métodos claros e de procedimentos seguros é que pode a jurisdição constitucional enfrentar tal ordem de desafios à utilização do direito estrangeiro, em perspectiva comparada, na fundamentação de suas decisões.” (HORBACH, Carlos Bastide. *O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015, p. 202).

⁸¹ FREIRE, Alonso. *Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico*. Rio de Janeiro: Revista Publicum, n. 2, 2016, p. 64.

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p. 65.

fontes de países comprometidos com formas democráticas de governo, que respeitem direitos liberais e o Estado de Direito.⁸⁴

Outro critério ou método de comparabilidade apresentado por Freire é o da característica da sociedade a qual haverá a comparação.⁸⁵ Ou seja, não basta tão somente importar normas, decisões ou precedentes de Cortes de outros países a fim de “encaixá-los” no sistema jurídico brasileiro, pois aí ter-se-ia uma descontextualização do direito estrangeiro, gerando por vezes as inconsistências ou até mesmo incompatibilidades dentro do sistema jurídico. Tendo-se um sistema desconexo, muito dificilmente haverá um sistema coerente e, por consequência, precedentes coerentes que dialoguem com a realidade fática e com o sistema jurídico. Por isso a necessidade de se entender aspectos da sociedade e da cultura dos países em que se pretenda haver um diálogo entre sistemas jurídicos.

Ran Hirschl, em sua explicação sobre um dos princípios para seleção de casos no direito comparado (“*the most similar case*” principle), exemplifica, por exemplo, que o estudo comparado do *judicial review* quanto à matéria de direitos civis e liberdades entre os Estados Unidos e a China não faria muito sentido, pois esses dos países possuem muitas diferenças em relação a suas instituições políticas, culturas e legados constitucionais.⁸⁶

Por sua vez, Catherine Valcke procura entender o direito estrangeiro em seus próprios termos⁸⁷, devendo os sistemas jurídicos ser entendidos a partir de uma perspectiva de um ator de dentro desse sistema ao invés de uma perspectiva de um observador externo.⁸⁸ Ainda, Pierre Legrand afirma ser necessário entender o direito estrangeiro como elemento de uma cultura, dentro de determinada cultura. Sendo assim, não se poderia ler o direito externo com a “visão de mundo” do direito

⁸⁴ FREIRE, Alonso. *Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico*. Rio de Janeiro: Revista Publicum, n. 2, 2016, p. 65.

⁸⁵ Ibidem, p. 66.

⁸⁶ HIRSCHL, Ran. *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*. American Journal of Comparative Law, vol. 53, n. 1, 2005, p. 135.

⁸⁷ VALCKE, Catherine. *Reflections on Comparative Law Methodology: Getting Inside Contract Law*. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. (Eds.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 25.

⁸⁸ Idem. Nesse sentido: “(...) As legal systems primarily are intellectual rather than physical things, understanding them on their own terms entails understanding them from the inside, from the perspective of the actors in those systems as opposed to that of some external observer. (...)”. “(...) Como os sistemas jurídicos são principalmente coisas intelectuais e não físicas, compreendê-los em seus próprios termos implica entendê-los a partir do interior, da perspectiva dos atores nesses sistemas, em oposição a de algum observador externo. (...)”.

brasileiro, mas sim lê-lo a partir da cultura em que o direito, que está sendo comparado, está inserido. Nas palavras de Legrand:

Mas o comparatista constatará e apreciará ainda mais a diferença se ele aceitar abordar o Direito enquanto integrante de uma cultura, ou seja, a partir do momento em que ele se mostrar disposto a substituir a ideia (limitada, estreita) de “Direito (positivo)” por aquela (aberta, ampla) de “juriscultura”. Trata-se de abordar uma lei ou uma decisão jurisprudencial lembrando a todo momento que esta lei ou essa decisão não caiu do céu, para dizer as coisas em uma linguagem “popular”. Pelo contrário, a diferença está embutida em uma cultura. Ela se explica dessa forma à luz de uma cultura e só pode ser justificada à luz de uma cultura.⁸⁹

Por razão disso, antes de haver a comparação, é fundamental que os intérpretes da lei leiam e reflitam o direito externo tendo-se em mente a sociedade e a cultura onde este direito está inserido e é aplicado para que, assim, seja verificada a compatibilidade do diálogo entre o direito estrangeiro com o sistema interno, entre diferentes “jurisculturas”.⁹⁰

Outro critério, apresentado por Freire, é entender os aspectos situacionais da decisão judicial do direito estrangeiro⁹¹, ou seja, verificar as situações do fato e do caso que levaram uma Corte estrangeira ou internacional a decidir um caso de determinada maneira, ou seja, levar em conta a situação fática que levou à *ratio decidendi* na decisão proferida, o que corrobora com um sistema de precedentes, pois são os fatos de um caso que determinarão, em casos futuros e semelhantes, a vinculação de um precedente, a distinção do precedente, etc. No caso, a Corte brasileira deve analisar se a situação ou os fatos de um caso estrangeiro ou internacional são idênticos ou semelhantes ao caso sendo julgado na jurisdição interna para que, assim, possa haver um diálogo a partir do direito comparado.

Verificado alguns dos principais critérios de comparação, observa-se que no contexto da jurisdição constitucional brasileira, critérios de comparação em relação ao direito estrangeiro ou internacional são pouco seguidos. Nos votos e decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nota-se que quando há invocação do direito estrangeiro não há preocupação quanto a critérios

⁸⁹ LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 65.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ FREIRE, Alonso. *Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico*. Rio de Janeiro: Revista Publicum, n. 2, 2016, p. 68.

metodológicos para a utilização do direito comparado.⁹² O direito estrangeiro, assim, é utilizado sem fins ou propósitos propriamente comparativos entre diferentes jurisdições, mas tão somente para reafirmar argumentos já apresentados em decisões e votos. Segundo Horbach, tem-se que:

(...) não se tem uma preocupação contumaz com contextualizações, não há justificativa das razões que levam à citação deste ou daquele ordenamento estrangeiro – e aí se misturam fontes exteriores com autoridade maior ou menor, que se intercalam indistintamente –, não se enfatiza a ocorrência de eventuais fertilizações cruzadas (*cross-fertilizations*), não se busca estudar o direito vivente (*law in action*), mas preponderantemente o direito vigente (*law in the books*) e, na maioria das vezes, as citações são meras ilustrações (...)⁹³

Quanto à invocação do direito internacional na jurisdição interna, especialmente em relação aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos de outros continentes, nota-se que o uso do direito comparado em relação ao direito internacional nas decisões das Cortes brasileiras há raríssima utilização. No caso ainda do Supremo Tribunal Federal, quase não há diálogo entre a Corte Suprema brasileira com os sistemas internacionais, sobretudo em relação aos sistemas de proteção de direitos humanos. Segundo Virgílio Afonso da Silva, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui qualquer diálogo para com as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros⁹⁴, sendo que o Brasil reconhece a jurisdição desta Corte. Ou seja, o Judiciário acaba não abrindo espaço ao debate com o direito internacional.⁹⁵ Assim, as decisões nacionais acabam realizando mais um “monólogo” do que propriamente um “diálogo” com o direito internacional⁹⁶, pois além de não haver critérios para o direito comparado, também há pouca vontade para que haja um diálogo de ideias por parte dos julgadores.

⁹² HORBACH, Carlos Bastide. *O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015, p. 208.

⁹³ Idem.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: Bogdandy, Armin von, et al. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 523.

⁹⁵ Ibidem, p. 527.

⁹⁶ MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O uso de precedentes judiciais de jurisdições estrangeiras em matéria de propriedade intelectual*. In: OLIVEIRA, Liziane; MARINHO, Maria; TELES, Solange. (Org.). *Diálogo entre Juízes*. 1ed. Brasília: UniCEUB, v.1, 2014, p. 214-215.

Virgílio Afonso da Silva ainda aponta um ineficiente diálogo constitucional nas Cortes da América do Sul⁹⁷. Por vezes, o Supremo Tribunal Federal importa ideias e experiências constitucionais de países europeus e dos Estados Unidos e relega a segundo plano as migrações de ideias de países da América Latina, os quais muito provavelmente poderiam possuir problemas parecidos, especialmente em relação aos *hard cases*, com relação aos problemas enfrentados pelo Judiciário no Brasil⁹⁸, além de possuírem culturas mais semelhantes com o Brasil, bem como desconsidera as migrações de ideias em relação às Cortes Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁹ (a qual o Brasil reconhece a jurisdição mas não dialoga com as decisões proferidas por esta Corte em casos semelhantes). Para Silva:

(...) No Brasil, em boa parte dos casos, pouco se sabe o que ocorre nos países vizinhos e o que decidem seus tribunais. Às vezes sabemos o que é decidido no Tribunal Constitucional alemão ou na Suprema Corte dos Estados Unidos, mas não temos a menor idéia do que (e como) se decide na Corte Suprema de Justiça da Argentina, no Tribunal Constitucional do Chile ou na Corte Constitucional da Colômbia. Nem mesmo por meio das decisões da Corte Interamericana as idéias migram de um país a outro (...) No Brasil, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem ressonância nas decisões dos tribunais nacionais. (...) ¹⁰⁰

Observa-se que muito provavelmente as experiências da América Latina poderiam ser muito mais benéficas e coerentes com a realidade brasileira em determinados casos se comparadas com as experiências de Cortes Europeias, por exemplo, isso porque muitos países da América Latina tiveram períodos políticos semelhantes ao do Brasil, possuem culturas mais parecida com a brasileira, etc. Essa integração dos sistemas latino-americanos auxiliaria até mesmo as Cortes a aprender com as experiências de casos semelhantes, pois estariam mais condizentes com a realidade fática, social, institucional, etc., até mesmo na ideia de Virgílio Afonso da Silva de “integração jurídica na América Latina”.¹⁰¹

Além disso, deve o direito estrangeiro ser visto como forma de diálogo entre Cortes e não como forma de imposição de decisões vindas de fora. Devem a

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: Bogdandy, Armin von, et al. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522.

⁹⁸ Ibidem, p. 523.

⁹⁹ Ibidem p. 526-527.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 523.

¹⁰¹ Ibidem, p. 525.

experiências estrangeiras e internacionais, antes de tudo, e desde que obedecidos a critérios metodológicos, serem *obiter dictum* nas decisões, como forma de argumento de persuasão contido nas decisões e como forma de conhecimento da experiência de outros países, ao invés de ser *ratio decidendi*, vinculando casos futuros. O direito comparado deve servir em primeiro lugar como forma de aprender com as experiências de outros países.

Portanto, o direito comparado, por meio da migração de ideias e do diálogo entre países e no plano internacional, pode sim vir a ser aproveitado pelas Cortes brasileiras. É necessário, entretanto, adotar critérios metodológicos para que não haja riscos de anacronismos, descontextualização e incoerências da norma ou da decisão quando da “importação”. É importante compreender a situação fática do direito estrangeiro ou internacional para que haja a compatibilidade de migração de ideias estrangeiras ou internacionais. Assim, poderá se chegar a um sistema jurídico de precedentes, que dialoguem com outros sistemas e que mantenham a lógica com o sistema, que dialoguem a decisão com a realidade fática, social e jurídica, garantindo e reforçando, sobretudo, um sistema de precedentes e a segurança jurídica no Estado de Direito.

3.2 DESENHO INSTITUCIONAL DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) encontra-se um tanto quanto distante de uma “Corte de Precedentes”.¹⁰² Além de ser uma Corte Constitucional, as funções do STF acabam sendo mais assemelhadas a de uma Corte de Cassação, como uma instância de revisão de julgamento ou última instância judicial¹⁰³, conforme previsão no artigo 102, inciso III da Constituição Federal¹⁰⁴, e também de um Tribunal Penal Primário, conforme o artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal¹⁰⁵, o que acaba por deixar em segundo plano uma “Corte

¹⁰² Para Daniel Mitidiero, uma “Corte de Precedentes” seria aquela cuja função seria a “(...) promoção da unidade do Direito mediante a formação de precedentes. (...)” e de responsabilidade dos “órgãos jurisdicionais extraordinários”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 38).

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 449.

¹⁰⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

¹⁰⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal

de Precedentes” ou uma Corte de Interpretação (do direito), que busque, segundo Daniel Mitidiero, a unidade e interpretação do direito, além da construção de precedentes.¹⁰⁶

Esse acúmulo de funções e competências numa única Corte somado ainda à grande quantidade de recursos que permitem o acesso à Corte – basicamente todos os casos podem ser remetidos ao STF caso haja alguma questão constitucional controversa sendo julgada, o que torna o STF a última instância de julgamento –, e dos processos que chegam ao Supremo anualmente para serem julgados, isso, evidentemente, retira da Corte a possibilidade de se atentar profundamente a todos os casos e de decidir adequadamente as questões e situações fáticas de cada caso para estabelecer uma *ratio decidendi* delineada que vinculará casos futuros e semelhantes e, também, de se tornar uma “Corte de Precedentes”, que busque a unidade e interpretação do direito, que pretenda a criação de precedentes.

Vale dizer ainda, segundo Mitidiero, que o Supremo Tribunal Federal deveria deixar o *status* de Corte Superior para se tornar uma Corte Suprema¹⁰⁷, ou em outras palavras, a função de uma Corte Superior seria defender a lei¹⁰⁸, enquanto a função de uma Corte Suprema é a de buscar a unidade do direito e da interpretação do direito¹⁰⁹, sendo que o STF deveria ter como objetivo o segundo modelo, apesar de na prática se assemelhar muito mais ao primeiro modelo de Corte, devido a determinados fatores.

Um dos primeiros fatores-problemas que impedem que o Supremo Tribunal Federal se torne uma “Corte de Precedentes” é o volume excessivo de casos que chegam à Corte anualmente, o que impossibilita uma análise detalhada e de qualidade da matéria fática e de direito de todos os casos. Afinal, com uma grande

Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 06 ago. 2018.

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 153.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 53.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 79.

sobrecarga de processos para serem julgados torna-se praticamente inviável que os Ministros da Corte debatam todos os casos de forma aprofundada, delineiem a *ratio decidendi* do caso e ainda num espaço de tempo a se respeitar a razoável duração do processo.

De acordo com estatísticas do site do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰, nota-se que a quantidade de processos que chegam à Corte anualmente vem crescendo significativamente e estima-se que a Corte recebeu, somente no ano de 2017, mais de 103 mil processos. Ainda em 2017, aproximadamente 13 mil processos foram julgados pelo Plenário da Corte. Ou seja, conforme os dados extraídos, o STF recebeu oito vezes mais processos do que a quantidade que foi julgada em colegiado no Plenário no mesmo ano. Assim, o volume excessivo de processos torna incompatível uma “Corte de Precedentes”. Nesse viés, seria necessário repensar o modelo da Corte, pois o modelo do Tribunal desenhado atualmente diz muito mais respeito a uma Corte que privilegia solucionar o caso, de proferir votos individuais, do que propriamente debater o caso entre os membros da Corte, de criar precedentes, etc.

Aliado a isso, há ainda a questão da falta de deliberação entre os membros da Corte no julgamento dos casos que chegam ao Tribunal. Nos julgamentos dos casos em que a Corte Constitucional brasileira atua, conforme explica Virgílio Afonso da Silva, os Ministros proferem seus votos de forma agregativa ao invés de forma deliberativa¹¹¹, ou seja, o julgamento dos casos da Corte ocorrem a partir de uma somatória dos votos de cada Ministro, o que torna muito difícil uma deliberação e discussão mais profunda e detalhada dos casos.

Essa circunstância se reflete como um óbice à formação de uma cultura de precedentes e de um sistema de precedentes na medida em que cada um dos Ministros profere seu próprio voto, muitas vezes com razões e fundamentos diferentes de outros Ministros embora muitas vezes com igual conclusão, impossibilitando a formação de uma *ratio decidendi* delineada no acórdão¹¹², já que,

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<https://goo.gl/gzpX6a>>. Acesso em 05 set. 2018.

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 3, 2013, p. 557.

¹¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 268. Nesse sentido: “Hoje, o que se verifica é que nos casos difíceis, cada Ministro dá o voto com uma fundamentação própria, não há, assim, debate entre os Ministros para que haja uma posição majoritária do Tribunal a respeito dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão de certo

na prática, muitas vezes os acórdãos são formados pela soma de todos os votos dos Ministros, e em poucos casos há a simplificação da tese discutida. Para Luiz Guilherme Marinoni, uma decisão cuja fundamentação não tivesse apoio pela maioria dos membros da Corte não condiz com a ideia de “Corte de Precedentes”:

(...) determinadas decisões têm resultados que decorrem de votos dotados de fundamentos diversos. Lembre-se que uma Corte de Precedentes objetiva elaborar decisão que possa definir a compreensão de questão de direito e, assim, regular casos futuros. Sucede que isso depende da fundamentação afirmada pela Corte, vale dizer, da fundamentação sustentada pelo colegiado ao menos em sua maioria (*ratio decidendi*). Uma decisão destituída de fundamento subscrito pela maioria dos membros do colegiado é uma decisão que não possui fundamento que conta com o aval da Corte.¹¹³

Fundamentações ou razões distintas numa decisão podem, muitas vezes, induzir o jurisdicionado em erro, pois podem gerar uma confusão entre o que seria a *ratio decidendi* e o que seria o *obiter dictum* do caso em discussão, já que cada Ministro geralmente apresenta razões e fundamentações diferentes de outro Ministro em seus votos, o que, conseqüentemente, vem a gerar “(...) instabilidade jurisprudencial e alterações de entendimentos futuros”¹¹⁴, aumentando-se, assim, a insegurança jurídica dos jurisdicionados e ferindo a segurança jurídica do Estado de Direito. Em relação à jurisdição constitucional brasileira são raras as decisões da Suprema Corte em que seja possível extrair, definir e delinear a *ratio decidendi*. Oscar Vilhena Vieira explica esse fator:

(...) as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre haverá espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.¹¹⁵

caso. Tal situação prejudica que o precedente possa ser utilizado nos casos futuros.”

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 145.

¹¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro*: um estudo comparado. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, 2016, p. 282.

¹¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 458.

Assim como afirma Oscar Vilhena Vieira, não há propriamente uma “opinião da Corte” nos julgamentos dos casos, pois o que ocorre na prática são várias opiniões de todos os Ministros contidas e inseridas no acórdão, ou seja, a *ratio decidendi* do caso acaba sendo mais difícil de ser extraída, considerando as distintas fundamentações e razões proferidas em cada voto singular de cada Ministro. Essa deficiência de diálogos e de colegialidade faz com que o STF não possua uma “voz uníssona” da Corte, mas sim, segundo Conrado Hubner, “11 ilhas” que não dialogam entre si¹¹⁶. Ainda, para Patrícia Perrone Mello, esse fato afeta a formação de um sistema de precedentes:

(...) os ministros do Supremo gastam mais energia no julgamento de cada caso relevante porque tendem a produzir longos votos individuais escritos (...) As decisões do Supremo são, excessivamente, extensas e fragmentadas e não delimitam, com clareza, a tese de direito adotada pela maioria. Sem compreender, o que, efetivamente, o Tribunal decidiu, os demais órgãos judiciais não podem segui-lo e torna-se impossível estabelecer uma cultura de precedentes.¹¹⁷

Ainda, segundo Barboza, a falta de coerência interna nas decisões obstaculiza tanto o “romance em cadeia” de Dworkin quanto à formação de precedentes, uma vez que o não consenso quanto à *ratio decidendi* por parte dos Ministros “(...) torna difícil que as próximas decisões sigam uma linha interpretativa coerente com a história e prática constitucionais”.¹¹⁸

Portanto, uma Corte que almeje ser uma “Corte de Precedentes” e que busque a criação de precedentes, deve se preocupar em simplificar os argumentos e fundamentações ora discutidos pelos Ministros, de forma clara, sendo possível saber qual é a *ratio decidendi* de determinado caso.

Outro relevante fator, que se relaciona ao anterior, que impede a formação de um sistema de precedentes é o frequente pedido de vista dos processos pelos Ministros da Corte, suspendendo-se o julgamento, e muitas vezes até mesmo desrespeitando-se o prazo regimental para vista do processo. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni, o pedido de vista não beneficia a deliberação da Corte, uma

¹¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, 01-02-2010, p. 3. Disponível em: <<https://goo.gl/jL1qg9>>. Acesso em 05 set. 2018.

¹¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, 2016, p. 277.

¹¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271.

vez que “(...) quebra o desenvolvimento da discussão colegiada. É um resquício de uma Corte que privilegiava as decisões individuais em detrimento da discussão”.¹¹⁹

Conforme explicado por Marinoni, o pedido de vista fere a continuidade do debate e da deliberação, dando-se valor muito mais ao voto singular de um Ministro do que a discussão e deliberação conjunta entre todos os Ministros. Segundo Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, qualquer Ministro pode pedir vista do processo que está em julgamento a fim de estudar detalhadamente o processo pelo prazo regimental previsto¹²⁰, mas, na prática, ocorre que o pedido acaba ultrapassando o prazo regimental, o que impede a deliberação conjunta pelos membros da Corte. Percebe-se, aqui, a atuação mais individual de um Ministro do que propriamente coletiva pelos membros da Corte.

Estima-se que em 2017, houve 40 pedidos de vista de processos, interrompendo-se o julgamento colegiado, sendo que apenas 18 desses 40 processos foram devolvidos, no mesmo ano, para continuidade do julgamento.¹²¹ Ou seja, nem metade dos processos houve continuidade na deliberação dos casos. E uma “Corte de Precedentes” deve ter como objetivo a busca a *ratio decidendi* a partir da decisão conjunta de todos os membros da Corte e não a partir de uma *ratio decidendi* de cada voto individual de cada Ministro.

Além disso, tem-se outro fator que impede a formação de um sistema de precedentes: o enorme poder nas mãos do Ministro relator¹²², ou seja, o que deveria ser exceção na prática acaba sendo a regra. Estima-se que mais da metade dos casos com resolução de mérito julgados pela Corte são proferidos monocraticamente por um único Ministro sem a participação dos demais¹²³, ou seja, a exceção se torna a regra na prática e coloca em xeque a questão da segurança jurídica, afinal, como poderia uma decisão proferida por um único Ministro, numa Corte cujas decisões devem ser colegiadas, vir a se tornar um precedente e vincular casos futuros sem que tenha havido a apreciação dos demais membros da Corte?

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 106.

¹²⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia*: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estud. São Paulo: CEBRAP [online], vol.37, n.1, 2018, p. 20.

¹²¹ MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. *Prazos de pedidos de vista não são respeitados*. Estadão, São Paulo, 04-12-2017. Disponível em: <<https://goo.gl/8UFWge>>. Acesso em: 05 set. 2018.

¹²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 450.

¹²³ O STF e decisões monocráticas. Estadão, São Paulo, 17-02-2018. Disponível em: <<https://goo.gl/kuNFPB>>. Acesso em 05 set. 2018.

De acordo com as estatísticas do STF¹²⁴, estima-se que somente no ano de 2017 houve mais de 113 mil decisões monocráticas proferidas por um único Ministro da Corte em contraposição a um pouco mais de 12.800 decisões colegiadas proferidas pelo Plenário no mesmo ano. Dessa forma, segundo Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, observa-se que cada Ministro relator do Tribunal possui grandes poderes individuais, inclusive pelo fato de poder decidir quando a decisão liminar do processo será apreciada pelo plenário do STF.¹²⁵

Evidentemente, a grande quantidade de decisões monocráticas proferidas não condiz com a colegialidade, tampouco com o papel da jurisdição constitucional e com um sistema de precedentes, pois fragmenta as decisões colegiadas do Tribunal e, muitas vezes, contribui com decisões singulares de um Ministro que conflita com a decisão colegiada. Dessa forma, as decisões monocráticas dizem mais respeito à posição de um Ministro do que a posição do próprio Tribunal Constitucional.

Ainda, conforme Arguelhes e Ribeiro, as decisões monocráticas proferidas por um Ministro relator acabam, na prática, impedindo a mudança do *status quo* pelo plenário da Corte.¹²⁶ Tal consequência, por sua vez, não condiz com um sistema em que vise à segurança jurídica e tampouco à construção da decisão do caso de forma conjunta pelos membros da Corte, de forma a se ter uma posição da própria Corte, já que, nesses casos, o que acaba prevalecendo é a posição do Ministro relator. Nas palavras dos autores:

(...) Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário – a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual. Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, evitando o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, emparedando o plenário).¹²⁷

¹²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<https://goo.gl/gzpX6a>>. Acesso em 05 set. 2018.

¹²⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estud. São Paulo: CEBRAP [online], vol.37, n.1, 2018, p. 23.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibidem, p. 24.

Sendo assim, esses são apenas alguns dos fatores-problemas que prejudicam a formação de uma “Corte de Precedentes”, de um sistema de precedentes no Brasil, mas que, apesar disso, são recorrentes no dia a dia nos julgamentos dos casos da Corte brasileira.

As competências do Supremo Tribunal Federal são gigantescas, que vão além de tão somente funções de uma Corte Constitucional. Com um volume excessivo de trabalho, torna-se difícil se tornar uma “Corte de Precedentes”, em que os Ministros consigam deliberar, discutir todos os casos, definirem qual a *ratio decidendi*, etc. O Supremo Tribunal Federal precisaria se reformular como uma Corte que dê mais valor à interpretação e à unidade do direito do que propriamente ser uma “última instância de julgamento” e, para isso, é necessário racionalizar a jurisdição e processo deliberativo da Corte¹²⁸. Ainda, alguns mecanismos como o pedido de vista e as decisões monocráticas devem ser tidos como exceção, pois impedem um sistema de precedentes, pelos motivos acima expostos.

A deliberação e colegialidade na formação de uma decisão da Corte devem prevalecer em contraposição aos votos singulares de cada Ministro. Algumas propostas para a Corte sugeridas por Luís Roberto Barroso¹²⁹ e Oscar Vilhena Vieira¹³⁰, a fim de aumentar a deliberação da Corte em contraposição a uma postura individual de um Ministro, tais como a circulação prévia de votos entre os Ministros, a definição da tese jurídica dos casos julgados pela Suprema Corte e o processo de participação conjunta dos Ministros quanto à redação do acórdão, são imprescindíveis para que, assim, se estabeleça um sistema de precedentes, em que seja possível extrair de um caso a *ratio decidendi* e os princípios da *ratio decidendi* das decisões da própria Corte e não de um Ministro individualmente, e que vincularão os casos futuros e semelhantes e que, sobretudo, haja mais segurança jurídica e respeito aos precedentes na prática jurídica e na jurisdição constitucional brasileira, de forma a se assegurar mais integridade, coerência, previsibilidade e uniformidade.

¹²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008, p. 457.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. 2014, p. 14-15. Disponível em: <<https://goo.gl/brfMeq>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 458-459.

4 PRECEDENTES E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Neste capítulo, analisam-se dois casos concretos da Suprema Corte Brasileira e a relação deles com a aplicação dos precedentes e seus institutos, além de como os conceitos e critérios abordados anteriormente em relação a um sistema de precedentes deveriam ser projetados nesses casos, servindo como modelo para outros casos semelhantes e futuros a serem decididos na jurisdição constitucional brasileira.

4.1 DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS – ADI 5543/DF

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543/DF¹³¹ de relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, ajuizada no ano de 2016 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) – e ainda em julgamento pela Corte –, questionando perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das normas previstas na Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde¹³² e na Resolução nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹³³ que restringem a doação ou transfusão de sangue por homens homossexuais num período de doze meses após manterem relações sexuais com outro homem, uma vez que essas normas acarretariam uma desmotivada discriminação, por parte do Poder Público, em relação aos homens homossexuais, recaindo aqui, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos.

No caso, o Partido Político argumenta que os referidos dispositivos teriam caráter discriminatório e preconceituoso, uma vez que as normas contidas na

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF* – Distrito Federal. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<https://goo.gl/ixUj3E>>. Acesso em 20 ago. 2018.

¹³² BRASIL. *Portaria nº 158 de 04 de fevereiro de 2016*. Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: (...) IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; (...). Disponível em: <<https://goo.gl/BDpchm>>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹³³ BRASIL. *Resolução nº 34 de 11 de junho de 2014*. Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: (...) XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: (...) d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes; (...). Disponível em: <<https://goo.gl/EZZXya>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Portaria do Ministério da Saúde e na Resolução da ANVISA ao invés de levarem em conta os fatores de comportamento de risco ou comportamento sexual como critérios objetivos de restrição de doação ou transfusão de sangue, como, por exemplo, a quantidade de parceiros que um indivíduo possui, se determinado indivíduo faz uso de preservativos, entre outros, os dispositivos atacados acabam tomando como um dos critérios a orientação sexual, em relação a homens homossexuais, para restringir a doação e transfusão de sangue destes, não estendendo essa mesma restrição para homens heterossexuais, por exemplo.

Dessa forma, os dispositivos em questão estariam deixando subentendido, mesmo que não intencionalmente, que homens homossexuais que possuem uma vida sexualmente ativa seriam ou estariam mais propícios a serem portadores de doenças sexualmente transmissíveis, como se fizessem parte da concepção ultrapassada e estereotipada de “grupo de risco”. Assim, essas normas aumentariam e alimentariam preconceitos, discriminações, além de estereótipos que relacionam a comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros) com a transmissão de doenças sexuais. Em outras palavras, as normas em objeto da ADI seriam, portanto, discriminatórias em relação a uma minoria, violando-se, portanto, princípios constitucionais basilares do Estado de Direito brasileiro, todos contidos na Carta Magna brasileira, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia privada e o princípio da igualdade.

Assim, tomando-se como base um sistema de precedentes e prezando por uma “Corte de Precedentes”, a decisão mais coerente a se respeitar um sistema de precedentes, neste caso concreto, seria pela procedência da ADI, a fim de declarar as normas administrativas inconstitucionais, considerando alguns pontos a seguir.

Inicialmente, já existem precedentes da própria Suprema Corte brasileira quanto a questões que tangem a igualdade, a não discriminação e a dignidade da pessoa humana em relação a homossexuais com base numa leitura sistemática da Constituição a partir de princípios constitucionais. O Supremo Tribunal Federal julgou, no ano de 2011, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, pelo reconhecimento da união estável entre casais homossexuais como entidade familiar, a partir da leitura dos princípios da igualdade, da não discriminação, da autonomia privada e da dignidade da pessoa

humana previstos na Constituição Federal. A decisão neste caso foi baseada em princípios previstos no texto da Constituição, concluindo-se pelo reconhecimento do direito de homossexuais em constituir família e ter a entidade familiar reconhecida no plano jurídico. Nesse caso, observa-se que a decisão proferida pelo Supremo foi principiológica, ou seja, a decisão foi baseada em princípios constitucionais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto a regras legais ou constitucionais expressas que digam respeito à possibilidade ou impossibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Além do mais, outras decisões já vinham sendo proferidas pelos Tribunais brasileiros acerca do direito de homossexuais, a fim de igualá-los aos heterossexuais no tocante a direitos e darem-lhes os mesmos tratamentos e direitos já reconhecidos a heterossexuais, como a adoção de crianças por casais homossexuais, questões previdenciárias em relação a um dos parceiros do casal homoafetivo, entre outros. Sendo assim, o STF teve o seu “romance” todo “encadeado” em observância a princípios constitucionais e garantindo direitos dos homossexuais.

Dessa forma, embora a ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF não versem diretamente sobre questões de doação ou transfusão de sangue por homossexuais, essas ações, sobretudo, serviriam como precedentes a serem seguidos pela Corte, tornando a razão de decidir desses casos vinculantes em relação a casos semelhantes e futuros a serem julgados pela Corte, tal qual o caso da ADI 5543/DF.

Assim, levando-se em conta a lógica do “romance em cadeia” e da “força gravitacional dos precedentes” de Dworkin, os princípios que embasaram a decisão dos casos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF possuiriam força gravitacional e se transportariam para o caso julgado na ADI 5543/DF e o vincularia. Explica-se: embora a ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF não tratem exatamente sobre doação ou transfusão de sangue por homens homossexuais, as discussões que as envolvem, em sua essência, estão relacionadas à igualdade e não discriminação, e à liberdade de homossexuais (de terem os mesmos direitos reconhecidos aos heterossexuais, como constituir família); assim, os princípios embasados na *ratio decidendi*, como os princípios da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, etc., “gravitariam” e vinculariam a futura decisão na ADI 5543/DF, já que este caso envolve, também em sua essência, a questão dos princípios da igualdade (no sentido de homens homossexuais terem o mesmo tratamento que os

heterossexuais, sem serem discriminados) e liberdade (no sentido de homens homossexuais serem livres para doarem sangue ou realizarem transfusão de sangue) em relação a homens homossexuais.

Desse modo, poder-se-ia manter toda a coerência, previsibilidade, integridade e estabilidade de todo o sistema jurídico, continuando o próximo capítulo do “romance em cadeia” de Dworkin e garantindo-se a segurança jurídica. A decisão da ADI 5543/DF seria, assim, o próximo capítulo do “romance em cadeia”, na concepção de Dworkin, do Supremo Tribunal Federal, que teve como um dos capítulos anteriores desse mesmo romance o julgamento ADPF 132/DF e ADI 4277/RJ com base na igualdade, não discriminação, dignidade da pessoa humana, etc. em relação aos homossexuais. Estefânia Maria de Queiroz Barboza explica o “romance em cadeia” na questão dos direitos de homossexuais:

Do mesmo modo, se o Judiciário brasileiro já interpretou que os princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana equiparam a união homoafetiva à ‘família’ e à união estável heteroafetiva para fins de proteção do Estado, não poderá esquecer esses princípios quando se for escrever o segundo capítulo sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo ou sobre a adoção.¹³⁴

Assim, caso a Suprema Corte julgasse essa ação de controle de constitucionalidade improcedente poderia haver um rompimento com todo o “romance em cadeia”, o que, inevitavelmente, aumentaria a insegurança jurídica e fragilizaria o sistema de precedentes. Dessa forma, não poderiam normas contidas em atos administrativos terem caráter discriminatório em relação homens homossexuais e restringindo um direito desses. As normas da Portaria e da Resolução ao disporem a restrição à doação ou à transfusão de sangue por um período de doze meses após a última relação sexual, tão somente direcionada para homens homossexuais, estariam, por sua vez, contrariando os princípios constitucionais e os precedentes da própria Corte.

Nesse sentido, o Ministro relator Luiz Edson Fachin, votou pela procedência da ADI 5543/DF com base nos argumentos de não discriminação, uma vez que as referidas normas não deveriam se pautar na orientação sexual, mas sim na conduta sexual, e por considerar que tais normas, tanto da Portaria quanto da Resolução,

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 277.

violariam o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana¹³⁵, transportando-se, assim, os princípios que embasaram a decisão da Corte nos casos da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF para o presente caso. O voto do Ministro relator também acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, acompanhado pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski, apresentou divergência ao voto do Ministro relator, entendendo que no caso das normas questionadas estas estariam levando em conta condutas de risco a fim de limitar a doação e transfusão de sangue, sendo uma destas condutas a relação sexual entre homens homossexuais no período de doze meses. O Ministro defendeu dar aos dispositivos a leitura conforme a Constituição. Além disso, apresentou em seu voto questões técnicas e científicas que deveriam ser levadas em conta para a proteção daqueles que recebem a doação ou transfusão de sangue, tais como, por exemplo, dados que demonstram que relações entre homens homossexuais teriam mais chances de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis se comparados com heterossexuais. O Ministro votou pela parcial procedência da ADI a fim de declarar a inconstitucionalidade da norma da Portaria do Ministério da Saúde e a declaração parcial de nulidade do prazo de doze meses contido no artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da ANVISA, devendo essa restrição, segundo os argumentos do Ministro, ser interpretada conforme a Constituição e levando-se em conta critérios científicos já estabelecidos, devendo o sangue de homens homossexuais ser “(...) identificado, separado, armazenado e submetido aos necessários testes sorológicos somente após o período da janela imunológica (...) no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação”, pois, com isso, estar-se-ia garantindo os direitos do receptor e também os do doador.¹³⁶

Sendo assim, nota-se que o voto do Ministro Alexandre de Moraes rompe com toda a lógica do “romance em cadeia” e da “força gravitacional dos precedentes” de Dworkin, e de garantia de um sistema coerente, íntegro, estável e previsível, por dois motivos: primeiramente, por não observar os princípios da *ratio decidendi* dos precedentes anteriores, tais como os dos casos da ADPF 132/RJ e da

¹³⁵ STF. *Pleno – Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (2/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/RHhaEo>>. Acesso em 15 set. 2018.

¹³⁶ STF. *Pleno - Suspenso julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (1/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/yjqW3t>>. Acesso em 15 set. 2018.

ADI 4277/DF e não aplicá-los na ADI em discussão; e em segundo lugar, por proferir uma decisão muito mais consequencialista, pensando-se mais no que seria melhor para a sociedade, estabelecendo, em seu voto, critérios de identificação, separação, armazenamento da coleta de sangue de homens homossexuais que tiveram relações sexuais com outro homem a fim de evitar contaminações aos receptores de sangue, e que se tratam de critérios que fogem do âmbito de conhecimentos jurídicos, uma vez que são conhecimentos técnicos da área de saúde. E ao estabelecer critérios para identificação, armazenamento, entre outros, em relação ao material sanguíneo de homens homossexuais, restaria não superada a questão da discriminação em relação a homens homossexuais, acabando, mesmo que indiretamente, por prostrar o estereótipo discriminatório em relação aos homens homossexuais. Segundo Juliana Ávila e Juliana Cesário Alvim Gomes acerca do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

Ao focar a discussão em torno do prazo necessário para a testagem do sangue, a visão divergente negligenciou o principal aspecto em discussão: a inclusão da homossexualidade (sob a fórmula “homens que fazem sexo com outros homens”) sem qualquer consideração acerca da forma como se exerce a relação sexual – de maneira protegida ou não –, como uma conduta de risco que ensejaria a suspensão da possibilidade de doação de sangue.

O ponto central da ação não é promover uma revisão de todos os critérios e dados científicos utilizados pelo Ministério da Saúde. Até porque o Supremo teria pouca expertise para fazê-lo, o que o obrigaria a dar um passo atrás e ser mais deferente aos órgãos técnicos responsáveis (...)¹³⁷

Além do mais, quanto à questão do direito comparado no caso, percebe-se uma invocação sem muitos critérios metodológicos por parte da Corte. À título de exemplo, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, cita vários países, dentre eles, Argentina, Austrália, Canadá, Reino Unido, etc., utilizando o direito comparado em relação a países que também possuem restrições de doações ou transfusões de sangue direcionados a homens homossexuais. O Ministro, todavia, desconsidera os aspectos situacionais e da cultura onde estas normas estão inseridas, pois em alguns desses países supramencionados a Cruz Vermelha e sociedade civil já vêm se manifestando pela diminuição dessas restrições baseada na orientação sexual, como é o caso da Austrália, por exemplo, em que a Cruz Vermelha australiana já se manifestou contra a discriminação baseada em orientação sexual quanto às

¹³⁷ ÁVILA, Juliana; GOMES, Juliana Cesário Alvim. *O dissenso do STF no julgamento sobre doação de sangue*. JOTA, 26-10-2017. Disponível em: <goo.gl/b3XhL2>. Acesso em 20 ago. 2018.

doações de sangue, bem como já propôs a redução do período de restrição de doze para seis meses¹³⁸, enquanto em outros países, como, por exemplo, a Argentina, em que pese ainda exista a restrição de doze meses, esta não se limita tão somente a homossexuais, pois a restrição também vale para heterossexuais, já que o critério levado em conta desde o ano de 2015 pelo Ministério da Saúde Argentino é o do comportamento sexual e não mais o da orientação sexual¹³⁹, sendo que essa limitação não está mais vinculada à orientação sexual e aplica-se a todos os indivíduos indistintamente.¹⁴⁰

Ademais, tal como arguido na sustentação oral do *amicus curiae* Núcleo Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná¹⁴¹, a ANVISA em sua defesa na ADI em questão se baseia no direito comparado para legitimar a norma contida na Resolução ao argumentar que a norma da agência federal norte-americana *Food and Drug Administration* (FDA) prevê a restrição de doação de sangue por homens homossexuais que possuam relação sexual com outros homens no período de doze meses após a relação sexual. A ANVISA, entretanto, deixa de analisar as questões fáticas e de discussão na sociedade norte-americana, uma vez que a Cruz Vermelha norte-americana também já se manifestou acerca da inviabilidade dessa restrição na doação de sangue nos Estados Unidos, uma vez que essa limitação impede que muitas pessoas doem sangue e possam salvar inúmeras vidas.¹⁴² Daqui decorre a importância de se entender um sistema jurídico a partir de um olhar de um ator de dentro da sociedade em que se invoca o direito, especialmente quando se almeja a criação de um sistema de precedentes: afinal, poderia um precedente, quando da invocação do direito comparado, ser criado e vincular casos futuros a partir da equivocada interpretação do direito estrangeiro? A resposta seria não, pois isso geraria uma descontextualização, um anacronismo, uma fragilidade na decisão. Normas cuja aplicação possua coerência numa sociedade e trazidas à outra sociedade sem a devida contextualização e reflexão

¹³⁸ PARK, Shelly. *Blood Service Deferrals*. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/LjVZuL>>. Acesso em 20 ago. 2018.

¹³⁹ ARGENTINA. *Criterios para la selección de donantes de sangre*. 2016, p. 42. Disponível: <<https://goo.gl/q37f1k>>. Acesso: 20 ago. 2018.

¹⁴⁰ ARGENTINA. *Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre*. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/mYbWB1>>. Acesso em 20 ago. 2018.

¹⁴¹ STF. *Pleno – Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (1/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/euAU9Y>>. Acesso em 15 set. 2018.

¹⁴² ARREDONDO, Brenda; RODRIGUEZ, Laura. *Report Finds Lifting U.S. Ban On MSM Blood Donations Would Increase Total Annual Blood Supply By 2%-4%*. The Williams Institute – UCLA Law School. set. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/5eyA43>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

crítica poderiam ser passíveis de objeções, por não trazerem coerência ao sistema jurídico.

Ademais, a ADI 5543/DF foi suspensa por conta de um pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes e está pendente de julgamento. Isso, obviamente, diminui a deliberação na Corte, pois isso, por si só, reforça o caráter de se dar mais importância aos votos individuais de cada Ministro ao invés de uma deliberação colegiada entre os Ministros da Corte a fim de definir conjuntamente a razão de decidir do caso.

Por fim, a partir de uma aplicação coerente dos precedentes e de seus institutos neste caso por meio do “romance em cadeia” de Dworkin e da “força gravitacional de precedentes” de Dworkin, transportando-se os princípios dos casos da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF ao julgamento do caso ADI 5543/DF, tal como uma continuação do “romance em cadeia”, a ADI 5543/DF deveria ser julgada procedente a fim de declarar as referidas normas inconstitucionais, considerando manter a unidade, estabilidade, previsibilidade e integridade do sistema jurídico.

4.2 PRISÃO APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA EM SEGUNDO GRAU – HC 126.292/SP

Trata-se de *habeas corpus* (HC) 126.292/SP¹⁴³ de relatoria do Ministro Teori Zavascki impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas, acusado de crime de roubo majorado, em face da decisão proferida pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça Francisco Falcão que, em sua decisão, negou o pedido de *habeas corpus* da parte impetrante devido a questões processuais, por entender que não caberia o *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário. Sendo assim, foi impetrado o *habeas corpus* em face da decisão supramencionada, dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, por sua vez, acatou o *habeas corpus* com base da jurisprudência do Tribunal, que entende ser cabível o *habeas corpus* quando a decisão atacada é manifestamente ilegal. Então, a parte impetrante alegou, dentre inúmeros argumentos, que a prisão do paciente teria sido ilegal, considerando que o

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/SP* – São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki – Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/BDJSb8>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

paciente foi preso sem ter havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo uma violação e afronta à norma da presunção de inocência esculpida no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.¹⁴⁴ O Ministro relator Teori Zavacski proferiu uma decisão liminar em fevereiro 2015, sendo o caso levado ao plenário da Corte em fevereiro 2016.

Observa-se, neste caso, que o STF acaba atuando mais como uma Corte de revisão de um caso, afastando-se da função de Corte Constitucional, tanto pelo fato de primar mais por decisões individuais em contraposição a decisões colegiadas quanto pelo fato de a Corte ocupar-se com o julgamento de *habeas corpus*. E, somado à enorme quantidade de recursos que chegam ao Supremo anualmente, isso impede um julgamento, uma discussão e uma deliberação de modo aprofundado dos casos analisados, até mesmo por conta da Corte ter de julgar tantas demandas em pouco tempo, o que, por consequência, também fragilizaria o STF de ser tornar uma “Corte de Precedentes”.

Sendo assim, no julgamento plenário, por sete votos a quatro (vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski), a maioria dos Ministros da Corte votou com o Ministro relator para denegar a ordem do *habeas corpus* no sentido de restabelecer o entendimento da Corte entre os anos de 1991 a 2009 de que a execução provisória da pena não contraria a presunção da inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, afastando-se o precedente da Corte desde o ano de 2009 e sendo firmado o entendimento pela possibilidade da execução provisória da pena antes mesmo de ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória cuja ementa do caso foi a seguir expressa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não

¹⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...). Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em 15 set. 2018.

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. Habeas corpus denegado.¹⁴⁵

O Ministro Teori Zavascki, relator da ADI, em seu voto, votou pela possibilidade da execução provisória da pena e relativizou o conceito do instituto do trânsito em julgado contido na norma constitucional do artigo 5º, inciso LVII da Constituição desde que não atingido o núcleo da norma. Argumentou que o exame da matéria de provas de um crime, em segunda instância, estaria esgotado, estando superada a questão da presunção de inocência, já que nas Cortes Superiores seriam tratadas tão somente questões de direito. O Ministro entendeu que ao garantir em grau absoluto a presunção de inocência, incentivar-se-ia a interposição de recursos protelatórios, muito deles almejando à prescrição dos crimes. O Ministro Dias Toffoli acompanhou integralmente o voto do Ministro relator.

O Ministro Edson Fachin também acompanhou o voto do relator e argumentou em seu voto que as Supremas Cortes não poderiam ser vistas como terceira ou quarta instâncias de revisão de julgamento e alegou ainda que a análise da matéria fática deve se dar nas instâncias ordinárias, onde findaria a presunção de inocência, já que as Cortes Superiores tratariam apenas de matéria de direito.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto do relator e fundamentou seu voto, em síntese, sob os argumentos de que houve uma mutação constitucional na norma do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, entendendo que a norma constitucional teria feito com que aumentassem os recursos protelatórios à Corte, a seletividade do sistema penal e o descrédito do sistema penal brasileiro. O Ministro, ainda, entendeu que a presunção de inocência trata-se de um princípio e não de uma regra, possibilitando, assim, a ponderação da norma, e afirmou que a mutação constitucional da norma traria benefícios à sociedade e ao sistema ao assegurar a funcionalidade do sistema penal, a atenuação da seletividade penal e a eliminação do paradigma da impunidade.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Ministro relator e argumentou não ser imprescindível o trânsito em julgado quanto à presunção de inocência, pois esta norma deveria ser interpretada conforme o meio social e que existiria uma “coisa julgada singular” em relação à matéria fática, o que

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/SP* – São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki – Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/BDJSb8>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

tornaria a decisão imutável após a análise fática feita até a segunda instância de julgamento.

A Ministra Carmén Lúcia também acompanhou o voto do Ministro relator, porém a Ministra, em seu voto, diferenciou os conceitos “culpado” e “condenado”, concluindo que um indivíduo pode cumprir a execução da pena, pois estaria condenado, mesmo não sendo ainda culpado.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Ministro relator e fundamentou seu voto alegando que o sistema penal brasileiro é caracterizado pela impunidade e recursos protelatórios, o que justificaria a relativização da presunção de inocência. Ainda, argumentou que a norma constitucional da presunção de inocência se trataria de princípio e não regra, podendo ser ponderada.

Em relação aos votos vencidos, a Ministra Rosa Weber entendeu que o princípio da segurança jurídica deveria prevalecer, divergindo do voto do relator e concedendo a ordem no *habeas corpus*. O Ministro Marco Aurélio também divergiu do voto do relator no sentido de manter o entendimento da Corte, sendo que a norma constitucional da presunção de inocência não permitiria interpretação diversa.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, relacionou a presunção de inocência com o regime democrático de direito, além de ser um direito fundamental, não podendo ser relativizado, e ainda destacou que a presunção de inocência só deixaria de existir a partir do trânsito em julgado (e não a partir da decisão em segunda instância). E, por último, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou, em seu voto, não ser possível superar a taxatividade do princípio da presunção de inocência, não havendo interpretações diversas, e que a relativização desse princípio, que seria uma cláusula pétrea no sistema jurídico, acarretaria em um encarceramento elevado no país e, portanto, defendeu a leitura na integralidade da norma constitucional.

Na análise dos votos, nota-se que embora a maioria dos Ministros tenha votado acompanhando o voto do Ministro relator as justificativas e argumentos apresentados em cada voto singular são em grande medida diferentes uns dos outros, ou seja, as fundamentações de cada voto diferem apesar de a conclusão do caso ter sido a mesma (pela denegação da ordem do *habeas corpus* e pelo entendimento da possibilidade da execução provisória da pena), impossibilitando, assim, de se extrair do caso uma razão de decidir bem delineada, pois não há uma *ratio decidendi* sólida e delineada proferida pela Corte, mas sim justificativas e

argumentos distintos de cada Ministro em seus votos, tal como se fosse a opinião individual ou o entendimento individual de cada Ministro acerca do caso ao invés de um entendimento da própria Corte. À título de exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu ter havido uma mutação constitucional quanto à execução provisória da pena, além de entender, assim como o Ministro Gilmar Mendes, a norma da presunção de inocência como um princípio ao invés de uma regra, enquanto a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, diferenciou o conceito “culpado” de “condenado”. Esses fundamentos totalmente diferentes dos Ministros, embora tenham chegado a um mesmo resultado – pela possibilidade da execução provisória da pena – impedem a definição de qual a razão de decidir que vinculará os casos semelhantes e futuros. Sendo assim, fica evidente a dificuldade de se definir e extrair qual realmente foi a *ratio decidendi* deste caso julgado pelo STF, considerando os argumentos distintos nos votos de cada Ministro.

Ainda, com base num sistema de precedentes e no arcabouço teórico de Ronald Dworkin, pode-se concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, foi totalmente contrária à ideia de coerência, integridade, previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica em relação ao sistema jurídico, isso porque a decisão proferida no caso rompeu com a lógica do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin. Inicialmente, observa-se que havia uma decisão da Corte desde 2009, no caso do HC 84.078/MG, em que a maioria do plenário da Corte havia decidido que a execução provisória da pena seria totalmente incompatível com a norma da presunção de inocência prevista na Carta Magna, por violar os princípios constitucionais da liberdade, da não-culpabilidade, o devido processo legal, entre outros.¹⁴⁶ Desde então, o STF veio aplicando esse precedente e os princípios que embasaram a *ratio decidendi* neste caso para todos os outros casos que versavam sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado, vinculando todos os casos futuros (*stare decisis*) à *ratio decidendi* da decisão do HC 84.078/MG, ao longo dos anos até o ano 2016, quando o STF mudou o seu entendimento para possibilitar a execução da pena antes de haver o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em segundo lugar, os votos dos Ministros vencedores foram permeados por argumentos inteiramente consequencialistas e pragmáticos, ao invés de argumentos

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84078/MG* – Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau – Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/nyNF9r>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

baseados em regras ou princípios. Conforme já exposto anteriormente, de acordo com Dworkin e tendo-se o direito como integridade, uma decisão consequencialista, pragmática ou utilitarista não deveria ser tomada pelo Poder Judiciário, mas tão somente pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ao Judiciário, ainda pelo fato de ser um Poder não eleito diretamente pelo povo, caberia tão somente proferir decisões com base em regras e princípios do sistema jurídico, a fim de manter a unidade, a coerência e integridade do ordenamento jurídico. Assim, uma decisão consequencialista, pragmática ou utilitarista proferida por um juiz, por não estar em consonância com a própria lógica dos precedentes de manter o sistema íntegro, coeso, previsível e estável, portanto, não formaria um precedente e, conseqüentemente, não vincularia casos futuros.

De modo contrário, a decisão do *habeas corpus* 126.292/SP acabou, na prática, gerando muito mais instabilidades e fragilizando todo o sistema jurídico. Nota-se isso quando começaram a surgir inúmeras outras discussões acerca da execução provisória da pena e que vêm chegando à Corte com as mais diferentes interpretações para cada caso: quanto à possibilidade ou não da execução provisória de penas restritivas de direito; se a partir da execução provisória da pena também há a suspensão de direitos políticos; se é possível a execução provisória de sanção administrativa; entre outros. Em outras palavras, a decisão do STF aumentou a insegurança nas relações jurídicas, não somente nos casos de execução provisória de pena restritiva de liberdade, mas em inúmeros outros como os supramencionados, pois a decisão da Corte acendeu e intensificou discussões em relação a casos em que a matéria acerca da execução da pena já era pacificada, gerando controvérsias em muitos casos que, até então, não existiam, uma vez que era clara e certa a concepção sobre a impossibilidade da execução da pena antes de haver o trânsito em julgado a partir da interpretação constitucional.

Observa-se no voto no Ministro Luís Roberto Barroso, apenas à título de exemplo, que a argumentação que justificou a execução provisória da pena se baseou na finalidade de tornar o sistema criminal mais funcional, para aumentar a credibilidade no sistema penal, etc., tal como observado na ementa de seu voto:

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.¹⁴⁷

Ou seja, assim como o próprio Ministro utilizou na ementa de seu voto (“fundamentos pragmáticos”), os argumentos que justificaram a denegação da ordem no *habeas corpus* foram totalmente consequencialistas e pragmáticos, com uma preocupação maior em relação a dar efetividade ao sistema criminal, diminuir a seletividade no sistema, tornando-o mais funcional. Portanto, a razão de decidir e os argumentos utilizados são totalmente consequencialistas e pragmáticos, dando-se importância muito mais em garantir uma resposta à sociedade, além de dar eficácia do sistema penal e ao não punitivismo ao invés de assegurar a coerência, integridade, previsibilidade e estabilidade do sistema jurídico, a partir de uma fundamentação e argumentação baseadas em interpretação de regras e princípios constitucionais.

Dessa forma, considerando a fundamentação consequencialista e pragmática da maioria dos Ministros, a decisão proferida pela Corte no *habeas corpus* 126.292/SP não formaria um precedente por violar a coerência, integridade, previsibilidade e estabilidade dos precedentes e do sistema jurídico. Observe-se que se fosse tomada a razão de decidir do caso julgado pelo STF para ser aplicada a casos semelhantes e futuros, ter-se-ia um sistema pautado ainda mais na insegurança jurídica e na falta de coerência e de integridade em relação ao sistema jurídico. Assim, considerando a razão de decidir funcionalista tomada na decisão da Corte, se num caso hipotético uma Câmara Criminal de um Tribunal de Justiça de um dos estados federativos tivesse, num determinado período do ano, um inchaço no número processos a serem julgados: inúmeros *habeas corpus*, recursos de apelação, recursos em sentido estrito, etc., impetrados e interpostos, todos eles

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/SP* – São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki – Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/BDJSb8>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

protelatórios, o que, por conta da sobrecarga de trabalho, acarretaria na demora ao julgamento das demandas e que, por sua vez, levaria à prescrição de vários crimes. Desse modo, se a razão de decidir da decisão do HC 126.292/SP fosse transportada para os casos dessa Câmara Criminal, poderia se argumentar que a razão de decidir do caso julgado pelo Supremo vincularia todos os casos julgados pela Câmara Criminal, já que a situação fática seria muito semelhante a do HC 126.292/SP julgado pelo STF, devendo o sistema criminal se tornar, portanto, mais funcionalista a partir da primeira instância de julgamento a fim de extinguir o paradigma da impunidade, trazendo-se a prisão provisória da pena tão logo após a prolação da sentença condenatória em primeira instância. Obviamente, a solução para este caso hipotético estaria completamente contrária à lógica da presunção de inocência esculpida na Constituição Federal, já que a prisão provisória poderia ser utilizada praticamente a qualquer momento pelo Judiciário, sem observância do trânsito em julgado da sentença, de forma a aniquilar o princípio da presunção de inocência e o conceito de trânsito em julgado, além de violar a coerência e integridade em relação a todo o sistema jurídico.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, neste mesmo caso, estaria desrespeitando o próprio precedente da Corte do ano de 2009 (HC 84.078/MG), a *ratio decidendi* e os princípios da *ratio decidendi* desse precedente, sendo que, tão apenas para este precedente pudesse a vir ser superado (*overruling*), deveria o Tribunal ter baseado a *ratio decidendi* da decisão com base em regras e princípios e não com argumentos consequencialistas e pragmáticos.

Sendo assim, a racionalidade da decisão proferida pelo STF foi uma racionalidade muito mais funcional, rompendo com todo o “romance em cadeia” e aumentando a insegurança jurídica no sistema jurídico. Além de, obviamente, ter violado o direito fundamental, previsto no rol do artigo 5º da Constituição Federal, da presunção de inocência que se trata de cláusula pétrea na Constituição e, portanto, não estaria passível de alterações ou reformas.

Já quanto ao direito comparado, percebe-se também neste caso a falta de critérios metodológicos na invocação do material jurídico estrangeiro. Os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes trouxeram em seus votos as experiências de ordenamentos jurídicos de países onde existe a possibilidade de execução da pena sem haver o trânsito em julgado e ainda que haja recursos da

defesa, como os Estados Unidos, a França, entre outros, para poderem reforçar e justificar os argumentos de seus votos pela execução provisória da pena.

Deixaram os Ministros de analisar, todavia, que não há, nem nos Estados Unidos e nem na França, previsões constitucionais acerca da presunção de inocência, diferentemente do que ocorre no caso do Brasil, em que o legislador constituinte desejou dar uma proteção maior e especial a este direito, colocando a previsão expressa quanto à presunção de inocência à nível constitucional, integrando este direito no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, sendo assim uma cláusula pétreia no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Celso de Mello em seu voto acerca da impropriedade da invocação do direito estrangeiro dos países supracitados (onde há outra realidade quanto à execução da pena) para o julgamento do caso do *habeas corpus*:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem** a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, **a proteção** à presunção de inocência.¹⁴⁸

Além do mais, no caso dos Estados Unidos, por exemplo, a realidade do sistema criminal é diferente da brasileira, pois muitos indivíduos processados criminalmente acabam realizando acordos penais com o Ministério Público¹⁴⁹, em inúmeros tipos de crimes, o que, por consequência, já leva à execução imediata da pena por parte do acusado, fato este que se distingue da realidade da brasileira, já que são pouquíssimos os crimes no Brasil que são possíveis de se realizar a transação penal, conforme previsão nos artigos 60 e 61 da Lei dos Juizados Especiais¹⁵⁰ – de acordo com a lei, somente em relação a crimes com pena máxima

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/SP* – São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki – Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/BDJSb8>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁴⁹ RAKOFF, Jed S. *Why Prosecutors Rule the Criminal Justice System — And What Can Be Done About It*, v. 111, n. 6. *Nw. U. L. Rev.* 1429, 2017, p. 1431-2432. Disponível em: <<https://goo.gl/Fq3R4n>>. Acesso em 20 ago. 2018.

¹⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine

de até dois anos poderia se realizar a transação penal, crimes estes que, pela pena máxima em abstrato, não comportariam a sanção de pena privativa de liberdade.

Aqui, portanto, reside a importância de se conhecer os aspectos situacionais e da cultura de um país, para que então possa ser invocado o direito comparado, de forma coerente, nas decisões judiciais. De nada adiantaria importar experiências estrangeiras sem ao menos entender o contexto em que uma norma é aplicada no país estrangeiro, como no caso dos Estados Unidos e França, que ao contrário do Brasil, não possuem proteção à observância do trânsito em julgado (sendo o trânsito em julgado o critério para possibilitar a execução da pena) à nível constitucional.

Ademais, segundo Daniel Wunder Hachem, seria inviável o Judiciário utilizar o direito comparado para restringir um direito fundamental, tal como ocorreu no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP. Para o autor, dever-se-ia ter cuidados ao se importar as experiências estrangeiras:

(...) Agora, os sistemas constitucionais de outros países jamais podem ser utilizados como argumentos para interpretar *restritivamente* um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental. (...)
 (...) as comparações devem sempre ser feitas com muito cuidado, devendo-se atentar para a proximidade e semelhanças entre a realidade social e econômica do país utilizado como paradigma e a situação brasileira, pois não faz o menor sentido comparar medidas processuais vigentes em países nos quais o Poder Judiciário funciona de forma muito mais célere e eficiente do que no Brasil. A comparação, muitas vezes, é distorcida, forçada e inaplicável.¹⁵¹

Diante exposto, portanto, o direito estrangeiro, antes de ser importado, deve ser entendido dentro dos aspectos situacionais da sociedade, da cultura e do país, para que haja coerência nas decisões, além de, como já exposto por Hachem, nunca ser invocado pelo Judiciário para diminuir um direito fundamental previsto na Constituição.

Portanto, a Suprema Corte brasileira, ao proferir uma decisão consequentialista e sem respaldo legal e constitucional, não garantirá uma “Corte de Precedentes” no Brasil, pois a decisão deste caso restou em nítida violação de toda a ideia e lógica de coerência, unidade, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica do sistema jurídico. A razão de decidir do STF no *habeas corpus*

pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Disponível em: <<https://goo.gl/QveYwA>>. Acesso em: 15 set. 2018.

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)*. Direito do Estado, n. 86, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/3V4mMM>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

126.292/SP, por meio da decisão proferida, pareceu ser no sentido de tornar o sistema criminal mais funcional, de retirar demandas e recortar recursos protelatórios e, para isso, violando-se o direito fundamental da presunção de inocência, rompendo-se com a lógica do “romance em cadeia” dos precedentes de Dworkin e proferindo uma decisão com argumentos consequencialistas e pragmáticos e que, por tal razão, não formariam um precedente.

CONCLUSÃO

Conclui-se que embora o Brasil esteja caminhando aos poucos para um sistema de precedentes, ainda muito falta para que o Judiciário brasileiro, especialmente a Suprema Corte brasileira, promova, na prática, um sistema de precedentes, que leve em conta os precedentes e os respeite, tal como pode ser comprovado a partir dos estudos dos casos da ADI 5543/DF e HC 126.292/SP. É fato que com os precedentes e com a lógica de garantir mais segurança jurídica ao sistema jurídico brasileiro, o Novo Código de Processo Civil deu um primeiro e significativo passo ao prever expressamente mecanismos de precedentes na legislação, a partir da aproximação da tradição jurídica *civil law* com o *common law*, e, por consequência, garantindo mais segurança jurídica nas relações jurídicas. No entanto, tão somente a previsão legislativa acerca da observância de precedentes vinculantes não é suficiente para haver na prática um sistema de precedentes, pois, sobretudo, é necessário compreender e seguir critérios metodológicos e a teoria dos precedentes, por parte dos julgadores.

Um precedente tem como função manter a unidade, coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica do sistema jurídico. Uma decisão por si só, mesmo que seja reiterada inúmeras vezes, pode não ser considerada um precedente. Para tanto, é imprescindível resgatar as concepções formuladas por Ronald Dworkin: os juízes, ao proferirem uma decisão judicial, devem se pautar em regras e princípios do sistema jurídico, em prol de manter a unidade, coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica – características estas dos precedentes – do sistema jurídico. Dessa forma, juízes não devem proferir decisões consequencialistas, pragmáticas ou utilitaristas, pois ferem a própria lógica dos precedentes, podendo essas decisões serem objetáveis e também não serem vinculantes a casos futuros. Ainda, os juízes devem pautar suas decisões dentro da lógica do “romance em cadeia” e “força gravitacional dos precedentes” de Ronald Dworkin antes de proferir uma decisão em um caso concreto, extraindo a *ratio decidendi* e os princípios contidos na *ratio decidendi* de um precedente e que serão vinculantes em relação a casos semelhantes e futuros, tal como se fossem escrever um “próximo capítulo do romance”, mantendo-se a coerência e lógica nas decisões judiciais em relação ao sistema jurídico como um todo.

Além disso, critérios metodológicos na invocação do direito comparado devem ser observados a fim de existir coerência do caso em discussão com a experiência estrangeira ao invés de haver uma migração “aleatória” do direito estrangeiro, tão somente com o objetivo de reforçar argumentos e fundamentações já contidos em decisões e votos, de forma descontextualizada e muitas vezes até mesmo incompatível com sistema jurídico, o que, por sua vez, fragiliza as decisões, uma vez que não haverá coerência, e as tornará de difícil vinculação.

Ademais, deve-se refletir sobre uma nova forma de gestão do Supremo Tribunal Federal, em prol de um fortalecimento de uma Corte Constitucional (ao invés de uma Corte de Revisão) e de uma Corte de Precedentes, que se preocupe mais com a interpretação do direito e que busque a formação de precedentes, aumentando-se a segurança jurídica, e que o Supremo possua mecanismos de gestão mais voltados à deliberação e discussão dos casos de forma aprofundada, de elaboração da razão de decidir – que vinculará casos futuros –, que atue mais como “Corte” no lugar de posições individuais de cada Ministro. Para tanto, algumas propostas apresentadas por Luís Roberto Barroso e Oscar Vilhena Vieira, como, à título de exemplo, a definição de tese jurídica dos casos julgados pela Corte, são coerentes e compatíveis com um sistema de precedentes no Brasil, garantindo-se, por consequência, mais segurança jurídica ao sistema jurídico.

Por fim, tal como estudado nos casos da ADI 5543/DF e HC 126.292/SP, observa-se que critérios, conceitos e concepções devem e deveriam ser levados em conta no julgamento destes casos a fim de se respeitar um sistema de precedentes. No caso da ADI 5543/DF, alguns Ministros já mostraram terem lido o capítulo anterior do “romance em cadeia” de Dworkin ao terem continuado o próximo capítulo do mesmo romance, tal como o voto do Ministro Edson Fachin. Por outro lado, outros votos, como o do Ministro Alexandre de Moraes, não seguem a mesma lógica. Já o caso do HC 126.292/SP, mostra-se de difícil extração da razão de decidir, fundamentações consequencialistas e pragmáticas, além de que os votos da maioria dos Ministros da Corte romperam com a lógica dos precedentes – a de garantir coerência, integridade, previsibilidade, etc. ao sistema jurídico – e também com a concepção do “romance em cadeia”, uma vez que os votos se mostraram totalmente consequencialistas e pragmáticos, o que não se coaduna com um sistema de precedentes, que busca a coerência, integridade, estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico. A razão de decidir deste caso foi muito mais

funcional, calcada em argumentos consequencialistas, ao invés de ser fundamentada a partir de regras e princípios. Ademais, o direito comparado, em ambos os casos, deveria ter sido invocado de modo coerente, entendendo-se o contexto das normas jurídicas em outros países, o que não se verificou em muitos votos em ambos os casos tratados.

Sendo assim, o sistema de precedentes veio de modo a concretizar a segurança jurídica e é uma ferramenta que deve ser utilizada pelos operadores do direito, todavia os precedentes e seus institutos devem ser utilizados obedecendo-se aos critérios metodológicos e à teoria dos precedentes e não de forma discricionária, compreendendo a aplicação dos precedentes na tradição jurídica do *common law*, aproximando as duas tradições jurídicas mais importantes do Mundo Ocidental – a do *common law* e a do *civil law* –, a fim de que as próprias características dos precedentes – coerência, integridade, estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica – se concretizem na prática jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. *Criterios para la selección de donantes de sangre*. 2016. Disponível: <<https://goo.gl/q37f1k>>. Acesso: 20 ago. 2018.

_____. *Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre*. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/mYbWB1>>. Acesso em 20 ago.2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estud. São Paulo: CEBRAP [online], vol.37, n.1, 2018.

ARREDONDO, Brenda; RODRIGUEZ, Laura. *Report Finds Lifting U.S. Ban On MSM Blood Donations Would Increase Total Annual Blood Supply By 2%-4%*. The Williams Institute – UCLA Law School. set. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/5eyA43>>. Acesso em 20 ago.2018. Acesso: 20 ago. 2018.

ÁVILA, Juliana; GOMES, Juliana Cesário Alvim. *O dissenso do STF no julgamento sobre doação de sangue*. JOTA, 26-10-2017. Disponível em: <<https://goo.gl/b3XhL2>>. Acesso em 20 ago. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da Política e controle judicial das Políticas Públicas*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan-jun, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/NbX1A2>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/e6NQXf>>. Acesso em: 15 jul. 2018

_____. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/brfMeq>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Brasília: Revista da AGU, ano 15, n. 3, jul/set 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade

de Brasília, 61. ed., 1995.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/pNWom2>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/AYR9gX>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

_____. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/QveYwA>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. *Portaria nº 158 de 04 de fevereiro de 2016*. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <<https://goo.gl/BDpchm>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Resolução nº 34, de 11 de junho de 2014*. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <<https://goo.gl/EZZXya>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF* – Distrito Federal. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<https://goo.gl/ixUj3E>>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<https://goo.gl/gzpX6a>>. Acesso em 05 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84078/MG* – Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau – Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/nyNF9r>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/SP* – São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki – Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://goo.gl/BDJSb8>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. O reencantamento do direito na filosofia e da filosofia no direito: Dworkin e leitura moral da Constituição. In: PERISSIONOTTO, Renato; LACERDA, Gustavo Biscaia de; SZWAJO, José. (Org.). *Curso livre de teoria política: normatividade e empiria*. 1. ed. Curitiba: Editora Appris, 2016.

CURY, Augusto Jorge. *Precedentes Judiciais Vinculantes e a Efetivação do Direito à Segurança Jurídica*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; AGUSTINHO, Eduardo; MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantasi. (Org.). *Segurança Jurídica e Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso*

de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, v.2, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio.* Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho.* Revista Internacional de Filosofia Política, n. 17, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/rpgpWz>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes.* São Paulo: Cadernos Jurídicos, ano 16, n. 40, abr./jun. 2015.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. *Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes brasileiro.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 950, dez. 2014.

_____. *Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico.* Rio de Janeiro: Revista Publicum, n. 2, 2016.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case.* Yale: Yale Law Journal, dez. 1930.

HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito).* Direito do Estado, n. 86, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/3V4mMM>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

HIRSCHL, Ran. *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law.* American Journal of Comparative Law, vol. 53, n. 1, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. *O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira.* Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015.

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade.* São Paulo: Lua Nova, n. 61, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/FRXmv4>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LEGALE, Siddharta. *Superprecedentes.* Rev. direito GV [online], vol.12, n.3, set./dez. 2016.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro.* Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O uso de precedentes judiciais de jurisdições estrangeiras em matéria de propriedade intelectual.* In: OLIVEIRA, Liziane; MARINHO, Maria; TELES, Solange. (Org.). *Diálogo entre Juízes.* 1ed. Brasília: UniCEUB, v.1, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, 01-02-2010. Disponível em: <<https://goo.gl/jL1qg9>>. Acesso em 05 set. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista de Processo, v. 40, n. 245, jul. 2015.

MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. *Prazos de pedidos de vista não são respeitados*. Estadão, São Paulo, 04-12-2017. Disponível em: <<https://goo.gl/8UFWge>>. Acesso em: 05 set. 2018.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, São Paulo, ano 51, n. 201, jan. 2014.

O STF e decisões monocráticas. Estadão, São Paulo, 17-02-2018. Disponível em: <<https://goo.gl/kuNFPB>>. Acesso em 05 set. 2018.

PARK, Shelly. *Blood Service Deferrals*. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/LjVZuL>>. Acesso em 20 ago. 2018.

RAKOFF, Jed S. *Why Prosecutors Rule the Criminal Justice System — And What Can Be Done About It*, v. 111, n. 6. *Nw. U. L. Rev.* 1429, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Fq3R4n>>. Acesso em 20 ago. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von, et al. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista

Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003.

STF. *Pleno – Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (1/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/euAU9Y>>. Acesso em 15 set. 2018.

STF. *Pleno – Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (2/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/RHhaEo>>. Acesso em 15 set. 2018.

STF. *Pleno - Suspenso julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (1/2)*. Youtube. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/yjqW3t>>. Acesso em 15 set. 2018.

STRAPASSON, Kamila Maria. *A Utilização dos Precedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro e o CPC/2015: os Precedentes Vinculantes e o Microsistema de Resolução de Casos Repetitivos*. 2017. 92 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VALCKE, Catherine. *Reflections on Comparative Law Methodology: Getting Inside Contract Law*. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco. (Eds.). *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, 2008.