

A RAZÃO JURÍDICA DOS PRECEDENTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CARVALHO, Lucimar¹
BOEIRA, Adriana²

RESUMO:

Será retratado no presente artigo a teoria da argumentação jurídica na atuação do STF. Com base nesta teoria, tem-se a racionalidade das decisões judiciais, bem como a universalidade destas, para isso, analisar-se-á de forma objetiva, os benefícios e a possível contribuição da argumentação jurídica para a formação do precedente no direito brasileiro. Partindo de tal questionamento, o objetivo do estudo será realizar uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da teoria da argumentação jurídica como meio de qualificar a formação do precedente no direito brasileiro e como variáveis institucionais afetam a qualidade dos votos no STF, além do aumento excessivo no tempo dos julgamentos em razão da transmissão televisiva. Também, será abordado a identificação do que é um precedente no direito e no direito brasileiro, tanto na tradição da *Common Law* como na tradição de Civil Law. Serão, ainda, analisados posicionamentos, da doutrina, de estudiosos, que tratam acerca do tema em questão. A relevância do assunto estudado se situa, essencialmente, na teoria da argumentação jurídica, eis que o STF tem sido alvo de críticas em suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação, Decisão, Precedentes, Tribunais.

THE LEGAL REASON OF THE PRECEDENTS: AN ANALYSIS FROM THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION OF THE ACTION OF THE SUPREME COURT

ABSTRACT:

The theory of legal argumentation in the performance of the Supreme Court from this theory will be portrayed in this article, and the universality of these decisions will be portrayed, for this reason the benefits of this theory and the possible contribution of legal argumentation to the formation of precedent in Brazilian law. Based on this questioning, the aim of the study is to perform a critical analysis of the performance of the Supreme Federal based on the theory of legal argumentation as a means of qualifying the formation of precedent in Brazilian law and how institutional variables affect the quality of votes in the Supreme Court, in addition to the excessive increase in the time of judgments due to television transmission. It will also be addressed the identification of what is a precedent in law and in the Brazilian law, both in the tradition of Common Law and in the tradition of Civil Law. Positions of the doctrine and scholars who deal with the theme in question will also be analyzed. The relevance of the subject studied is essentially in the theory of legal argumentation, that is, the Supreme Court has been criticized in its decisions.

KEYWORDS: Argumentation, Decision, Precedents, Courts.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fag, email: lucimaradecarvalho@hotmail.com

² Docente orientadora do curso de Direito do Centro Universitário Fag, email: adrianasilva@fag.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da Argumentação Jurídica tem por objetivo garantir a racionalidade das decisões judiciais, bem como a universalidade destas. É justamente com base no princípio da universalidade que os precedentes jurídicos são utilizados para justificar as decisões judiciais, haja vista que podem ser utilizados em casos análogos.

O uso da argumentação jurídica é fundamental no direito brasileiro, pois ela tenta, de certa forma, explicar os critérios que consideram um argumento aceitável ou inaceitável perante os pressupostos legais vigentes. O STF vem sendo alvo de várias críticas por diferentes estudiosos, por não usar argumentação jurídica em suas decisões, bem como o excesso de argumentos na hora de proferir as decisões.

A partir de tais considerações, pode-se dizer que o precedente judicial é utilizado por todo e qualquer sistema jurídico, contudo, suas funções variam conforme as especificidades que lhe são conferidas. Além de que os precedentes sempre estiveram presentes no direito, e para entender o uso desses precedentes é preciso se basear em dois sistemas *common law* e *civil law*, que mais adiante será especificado, detalhadamente, cada um deles e suas principais atribuições.

Apesar de serem considerados por muitos autores como um critério que confere racionalidade à decisão judicial, os precedentes podem levar ao comodismo ao passo que muitas vezes são meramente reproduzidos sem que exista qualquer adequação da decisão ao caso em análise. Assim sendo, é essencial que sejam utilizadas as regras de argumentação jurídica para que se chegue à decisão mais justa e correta.

É nesse contexto que surge o problema da presente pesquisa: qual a relação e a possível contribuição da teoria da argumentação jurídica para a formação do precedente no direito brasileiro? A partir de tal questionamento, tem-se como objetivo geral do estudo, realizar uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da teoria da argumentação jurídica como meio de qualificar a formação do precedente no direito brasileiro.

Além disso, como objetivos específicos, pretende-se definir o que é um precedente no direito, identificar os elementos constitutivos da argumentação jurídica, assim como analisar criticamente a atual estruturação das decisões do STF a partir da Teoria da Argumentação Jurídica. Para atingir tais objetivos, realizou-se uma pesquisa bibliográfica em material já publicado sobre o tema e em posicionamentos doutrinários nacionais.

2 O PRECEDENTE NO DIREITO E NO DIREITO BRASILEIRO

Ao se abordar o conceito dos precedentes de uma forma genérica, Mauro Viveiros (2009) postula que estes podem ser definidos como sendo uma decisão judicial que será utilizada como base, como um parâmetro, nas decisões de julgamentos posteriores de casos semelhantes. Essa conceituação ampla – ou seja, que as mesmas decisões poderão ser utilizadas em casos análogos, consiste na base da Teoria dos Precedentes, que tem sua origem no sistema de Direito Inglês. Tucci (2004), a seu modo, explana sobre o fundamento da Teoria dos Precedentes Judiciais:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior (TUCCI, 2004, p. 12-13).

Baseado em tais considerações, pode-se dizer que o precedente judicial é utilizado por todo e qualquer sistema jurídico, no entanto, suas funções variam conforme as especificidades que lhe são conferidas.

De fato, Miranda (2007) afirma que a Teoria dos Precedentes é um dos alicerces do sistema do *Common Law*, iniciado na Inglaterra e que se embasa na teoria do “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. Esse sistema possui dois essenciais princípios: a obrigatoriedade que se atribui aos precedentes, e também a aplicabilidade desses precedentes por intermédio de uma hierarquia funcional.

Sobre essa última característica, Tucci (2004) discorre que o precedente vincula as próximas decisões ao passo que influencia “no estilo do julgamento caracterizado pela ‘auto-referência’ jurisprudencial, devendo a fundamentação de uma decisão fazer expressa alusão à decisão precedente do próprio órgão ou de tribunal superior” (TUCCI, 2004, p. 15).

Apesar do sistema do *Civil Law* ter a lei e o direito escrito como fonte primária do direito, este sistema é baseado teoricamente contrário ao uso dos precedentes, e estão cada vez mais presentes nesse sistema, que é o considerado em vigor no Brasil e tem como origem as ordenações Afonsinas, que vigoraram entre o ano de 1446 e 1511 (CAMBI e OLIVEIRA, 2019). Contudo, a força desses precedentes é diferente nos dois sistemas.

Para Cambi (2016), o sistema da *Civil Law*, em razão dos desdobramentos da Revolução Francesa, buscou acabar com os privilégios da nobreza e do clero, a segurança jurídica era confundida com a lei, entendia-se que a lei servia como reflexo na vontade do povo e por essa razão deveria ser aplicada pelos juízes. O judiciário não tinha nenhuma permissão para interpretar a lei de forma livre,

pois existia grande desconfiança na magistratura, os juízes do *Ancien Régime*, formavam a classe aristocrática e os cargos para magistrado poderiam ser obtidos por dinheiro ou se a pessoa herdasse, sendo comparado a uma propriedade particular.

O judiciário não tinha qualquer forma de independência, os juízes não podiam declarar o sentido da lei e nem julgar e muitos menos usar o poder da criatividade, a separação de poder de julgar e legislar era feita de forma rígida e controlada, com efeito no sistema da *Civil Law* a segurança jurídica dependia da vinculação estrita dos juízes as leis, sendo negado aos órgãos jurisdicionais o poder de ir além da revelação da vontade concreta da lei (CAMBI, 2015).

No dizer de Marinoni (2009), a Revolução Francesa tinha como objetivo proibir o juiz de fazer a certa interpretação da lei, nessa época, o esperado era que se a legislação tivesse completa e clara, o juiz ia ter capacidade de aplicar a lei, então poderia resolver e acabar com casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar a lei e nunca acontecer conflito entre normas. Neste período, quando havia algum conflito, obscuridade ou até mesmo na falta da lei, o juiz de forma obrigatória tinha que levar a questão ao legislativo e realizar a interpretação autorizada, ele não tinha a atribuição de poder identificar a norma aplicável para resolver o caso e dar uma solução viável a cada caso concreto, recorrendo ao legislativo, o objetivo da revolução era limitar o poder judicial.

Nas palavras de Marinoni (2009, p. 34) “a cultura jurídica do *Civil Law* não tinha se dado conta de que tal mutação não poderia permitir a manutenção dos dogmas, que deitam raízes na Revolução Francesa, de que a lei constitui a segurança de que o cidadão precisa para viver em liberdade e em igualdade e de que o juiz apenas atua a vontade da lei”.

Além disso, no sistema da *Common Law*, a segurança jurídica tinha como base o *stare decisis*, que significa que o sistema se baseava na vinculação e no respeito obrigatório dos precedentes, o conceito de direito, herdado dos positivistas, estava em crise, e a produção legislativa modificada contendo fórmulas indeterminadas e obscuras, abrindo margem de criatividade para os juízes (CAMBI, 2015).

No *Civil Law*, o precedente possuía um menor grau de força, mas isso não significa que este não podia ser suficientemente influente para serem adotados nas decisões sucessivas. Um fato que deve ser considerado é que existe uma abordagem de cunho quantitativo no *Civil Law*, ou seja, “quanto mais numerosas forem as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deverá ser imposta ao juiz sucessivo” (TARUFFO, 2014, p. 8).

Por outro lado, na visão de Marinoni (2009) no *Common Law*, há uma discussão em torno do significado da decisão judicial ou sobre o significado da função jurisdicional, o objetivo era esclarecer se a decisão judicial criava o direito e o declarava, e em razão disso, intui-se que estava discutindo a teoria da jurisdição.

De acordo com Cambi e Oliveira (2019), a ligação do *Common Law* com o uso dos precedentes deve seguir três fases: sendo ilustração, persuasão e vinculação; a primeira fase reflete ao uso dos primeiros juízes ingleses que utilizavam os precedentes como exemplos em suas decisões; na segunda fase o papel do precedente é fundamental, embora o magistrado pudesse afastar a sua aplicação, caso considerasse que o precedente fosse evidentemente absurdo ou injusto para o caso concreto; e a última fase, consiste na vinculação que se estabelece justamente a partir das críticas, nessa época as obras de Bentham e de Jhon Austin se destacaram como as principais contribuições para maior consideração dos precedentes da *Common Law*.

No *Common Law*, como enfatiza Taruffo (2014), não é possível afirmar que em todos os casos o precedente será vinculante, uma vez que não há uma obrigação de que o segundo juiz acompanhe o precedente já existente. Mesmo que no sistema jurídico inglês o precedente possua maior eficácia, diversos juízes fazem uso de técnicas argumentativas com o fito de se desvincularem da decisão da qual não pretendem seguir. Apesar da evidente força do precedente nesse sistema, ela é sempre reversível ou anulável nos casos em que uma solução mais justa pode ser adotada.

É o que nos revela David (2006):

[...] o juiz levará em conta decisões anteriormente proferidas e provavelmente não dirá que essas decisões foram mal proferidas, mas ser-lhe-á possível, considerando as circunstâncias do caso, descobrir na lide que lhe foi submetida, um determinado elemento que não existia ou que não foi considerado no caso precedente e que lhe permite descartar a regra estipulada no precedente, ou pelo menos lhe permite precisá-la, completá-la ou reformulá-la, dando ao caso decisão razoável que o mesmo requer (DAVID, 2006, p. 14).

De acordo com Cambi e Oliveira (2019), a diferença do *Civil Law* e *Common Law* está no significado atribuído aos códigos e o espaço que permite a prática de criação do juiz, ou seja, no *Civil Law* os códigos nascem pretendendo elevar a interpretação do juiz, já no sistema *Common Law* nunca existiu essa ideia, por essas razões na tradição latina, o desenvolvimento de sua tradição tende ao cerceamento da atividade criadora por parte dos juízes e na anglo-saxã sempre se permitiu a admissão de tal prática.

Outro problema comumente visualizado no uso de precedentes em tribunais que atuam em sistemas *Civil Law* é apontado por López Medina (2009), em seus estudos sobre a Corte Constitucional Colombiana. O autor revela que há certa dificuldade interpretativa do juiz ao construir a razão que será aplicada ao novo caso quando se utilizam os precedentes como embasamento, haja vista que estes costumam estar inseridos em uma abundância textual, pois:

[...] no direito jurisprudencial, a decisão adotada depende de maneira fundamental de cadeias argumentativas que justificam detalhadamente a forma de resolver o problema jurídico. A

regra controladora depende de argumentos mais ou menos detalhados que mostram a correção e conveniência da decisão. O direito jurisprudencial, então, caracteriza-se por sua densidade argumentativa. Daqui derivam diretamente certos níveis de abundância textual: a regra vem inserida, inclusive espalha, em longos argumentos justificadores onde se busca não a pontualidade legislativa de uma ordem, mas a justificabilidade concreta de uma decisão judicial (LÓPEZ MEDINA, 2009, p. 195).

Por fim, para melhor compreender os precedentes judiciais, é importante discorrer brevemente sobre seus dois elementos constitutivos: *ratio decidendi*, ou a razão que levou o juiz a decidir a causa – deve ser proveniente da análise do caso concreto e consiste no núcleo do precedente; e o *obiter dictum*, que complementa e auxilia na argumentação da *ratio decidendi*, servindo de elemento persuasivo para que ocorra a compreensão adequada do precedente (MARINONI, 2013).

Diante de tais considerações, fica evidente que existem uma série de motivações que levam à adoção de uma decisão por um juiz e é justamente por conta disso que nem todos os precedentes podem ser vinculantes para casos futuros.

3 EM BUSCA DE UMA RAZÃO JURÍDICA: POSTULADOS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Na visão de Perelman (1998), durante séculos os critérios do justo eram comuns ao direito, moral e religião, o direito tinha como característica pela competência atribuída a órgãos para legislar e em outros para julgar e administrar, em cada caso deveria ser observado os procedimentos, na maioria das vezes, o poder estava na mão dos soberanos que podiam atribuir a funcionários à missão de julgar e de administrar nos limites das ordens que eram impostas. A argumentação jurídica era ainda menos específica, porque não havia a necessidade de motivar as sentenças, as fontes de direito eram imprecisas, o sistema do direito era pouco elaborado, e as decisões da justiça quase não eram levadas ao conhecimento do público.

Após a Revolução Francesa, com o advento do princípio da separação dos poderes, e a publicação de um conjunto de leis com a obrigação para o juiz motivar suas sentenças tendo como base a legislação em vigor, e mesmo em casos de obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, o juiz deveria se referir ao direito positivo para poder motivar suas decisões. Neste contexto, o que vem em primeiro plano é o valor concedido à segurança jurídica a conformidade das decisões de justiça, com as prescrições legais o juiz não deveria violar a lei aplicando critérios de justiça que lhe forem próprios de sua vontade e seu senso de equidade, deveria inclinar-se diante da manifestação da vontade geral, tal como era dada a conhecer pela legislação, o juiz era submisso à letra e ao espírito da lei (PERELMAN, 1998).

É fato que nos últimos anos as discussões sobre as chamadas Teorias da Argumentação Jurídica passaram a ser cada vez mais realizadas no cenário acadêmico. Apesar da existência de uma série de doutrinas sobre o referido tema, há pontos em comum que devem ser discutidos para que ocorra uma compreensão efetiva do problema da presente pesquisa.

Inicialmente, conforme declara Habermas (2012), entende-se por argumentação o “tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos” (HABERMAS, 2012, p. 44), sendo os argumentos os meios a partir dos quais se obtém – ou não – o reconhecimento de algo levantado como hipotético. Habermas (2012) reitera que a força da argumentação pode ser mensurada por meio da capacidade do participante em convencer os outros por meio de argumentos racionais.

Trazendo tais conceitos para o cenário jurídico, diz-se que a argumentação tem por objetivo “justificar, fundamentar, basear enunciados normativos, juízos práticos” (FIGUEROA, 2012, p. 19). Em outras palavras, diz-se que a argumentação jurídica tenta, de certa forma, explicar os critérios que consideram um argumento aceitável ou inaceitável perante os pressupostos legais vigentes. Assim sendo, Figueroa (2012) discorre que a argumentação jurídica pode ocorrer em três áreas principais: produção e/ou estabelecimento de normas jurídicas; aplicação de normas jurídicas na solução de casos; e dogmática jurídica.

Outro ponto sobre o qual é relevante discorrer nesse estudo diz respeito ao contexto de descoberta e ao contexto de justificação:

O raciocínio judicial abrange dois contextos formalmente diversos, mas que se interpenetram e interagem entre si: de um lado, o contexto de decisão ou de descoberta (*context of discovery*) e, de outro, o contexto de justificação (*context of justification*). O primeiro consiste no procedimento lógico-psicológico causal ou na escolha racional que transportou o juiz a uma determinada hipótese de decisão, ao passo que o segundo representa a empresa de motivação tendente a aportar razões justificativas jurídica e racionalmente válidas àquele decisório, vale dizer, é um discurso fundado em argumentos intersubjetivamente aceitáveis e logicamente estruturados (uma entidade linguística, e, portanto, não um item psicológico) (CONTE, 2016, p. 514).

À vista disso, infere-se que as teorias da argumentação jurídica se situam em um contexto de justificação, no qual circunstâncias de natureza psicológica são excluídas na elaboração de um juízo. Com isso, parte-se do pressuposto de que as normas, regras e decisões são adotadas de uma forma racional, garantindo a cientificidade do Direito e a consistência dos pressupostos da democracia.

É justamente a partir de tais pressupostos que se situa a relevância da argumentação jurídica na formação dos precedentes.

De fato, Perelman (2005) considera a argumentação jurídica como um item indispensável na demonstração de que se alcançou uma solução justa para o caso em questão. O autor supracitado complementa:

[...] a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito (PERELMAN, 2005, p. 191).

Desse modo, considerando os posicionamentos expostos, fica evidente que a Teoria da Argumentação Jurídica é essencial para que a decisão judicial seja considerada democrática e tida como a melhor solução possível para o caso em questão.

No Brasil, quando os juristas pensam sobre um caso concreto, eles estão mais preocupados em dar suas opiniões pessoais sobre o problema que tem diante de si do que demonstrar racionalmente uma solução, sendo que discutir uma solução para esses casos perante seus colegas fica em segundo plano, demonstrando que cada juiz se relaciona com a esfera pública da maneira que bem entender, colocando a sua individualidade acima das eventuais razões do tribunal que não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e nem se preocupa com o dever de se elaborar um voto oficial da corte (RODRIGUEZ, 2013).

A formação de jurisprudência no Brasil é feita por súmulas e enunciados, não pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituem uma tradição, como ocorre no direito anglo-saxão. O STF está no caminho para formar um corpo de precedentes, a maneira que os ministros têm se comportado nos julgamentos, as referências explícitas a seu papel histórico e a importância política de alguns casos como, por exemplo, o caso do mensalão, parece apontar na direção de que o STF está caminhando para formar o uso de precedentes (RODRIGUEZ, 2013).

Acrescenta-se também, que o Brasil parece deter um direito que se legitima em função de uma argumentação não sistêmica, gerada na autoridade dos juízes e dos tribunais, mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e fundamentos de casos anteriores, contudo, isso acaba afastando o plano a utilidade da maior parte das teorias da argumentação jurídica para descrever e operar em nossa realidade, no Brasil, há várias críticas de que não há direito, pois os juízes não argumentam corretamente (RODRIGUEZ, 2013).

Além disso, para Rodriguez (2013), a estrutura de texto utilizada na argumentação das autoridades, sempre são feitas de maneira parecidas, em seguida as autoridades são convocadas para confirmar sua existência sem dar atenção se há coerência entre elas, e por fim, é proposta uma solução para o caso como se fosse totalmente óbvio, por ter sido sustentada por praticamente todas as autoridades relevantes acerca do assunto, caracterizando uma argumentação repleta de manipulação.

Outra coisa que chama a atenção é o modo como todos usam o argumento de autoridade, que se trata de uma consequência de como se estrutura a decisão coletiva dos tribunais, que consiste em uma votação por maioria ao invés de haver formação de uma verdadeira decisão coletiva, o demandante não apela para a racionalidade do órgão decisório, não pede a ele que argumente sobre os pontos invocados em seu pedido, procura somente direcionar a golpes de autoridade e opinião do juízo.

A propósito, o juiz exerce sua autoridade, invoca autoridades para demonstrar que sua posição é a única que está correta, as cortes brasileiras sempre citam jurisprudências, doutrinadores e teóricos do direito, mas não explicam o porquê de cada autor ser relevante ou o porquê que o caso é importante para a solução final, além de que o Brasil tem a jurisdição opinativa como predominante.

Esse caráter opinativo fica mais claro quando, por exemplo, o STF, em julgamentos colegiados, vários juízes opinam sobre o mesmo caso, mesmo em casos que as votações ocorreram com concordância por todos no julgamento. Ou seja, 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido e todos fazem questão de externar sua opinião, ainda mais em casos de grande repercussão pública, isso resulta que a corte brasileira decide com sua opinião sem elaborar uma fundamentação para a sua argumentação, afinal, o que leva decisões unânimes mais com 11 fundamentações diferentes, a padronização das decisões nos tribunais se faz por via de ementas e enunciados e não por meio de precedentes que podem ser reconstruídos argumentativamente (RODRIGUEZ, 2013).

Conforme aduz Rodriguez (2013), outro problema presente no STF é falta de justificativa nos votos, o tribunal ao publicar as opiniões dos juízes em conjunto, além da inclusão dos votos apresentados por escrito, e a transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento, quando o documento contendo todos esses itens é elaborado, ele sempre fica desorganizado, difícil de manusear, isso tudo é um retrato fiel do processo decisório do STF, em que vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes. Os demais tribunais do Brasil vêm seguindo esse mesmo padrão.

Além disso, não há no Brasil a pessoalidade de argumentação jurisdicional, e nem a celebração carismática dos juízes individuais representando solução para determinado problema jurídico, a argumentação não é relevante para a decisão final, que se torna confusa e incoerente (RODRIGUEZ, 2013).

Em adição, Mello (2015) relata que o cotidiano da atuação nos tribunais gera referências homogêneas mínimas sobre diferentes aspectos a serem levados em conta por um magistrado para proferir sua decisão, bem como sobre o que é ser um bom juiz, essas referências são compostas por normas formais e informais que definem a missão institucional do judiciário, que regem o processo da decisão e que restringem as alternativas imaginadas pelo julgador para solucionar seus casos.

Esse conjunto de normas recebe o nome de regime interpretativo mínimo, quando as decisões são tomadas em razão de preferências ideológicas, busca-se justificá-las à luz das normas constitucionais e dos precedentes, ainda que não forneçam a resposta direta para o problema concreto, e mesmo que esta resposta dependa afinal de uma escolha política dos intérpretes, isso ocorre, pois a fundamentação legalista compõe um saber comum aos operadores de direito, por mais que o regime interpretativo mínimo seja influenciado pelos valores da comunidade em geral e pela forma como esta compreende a função de julgar.

Em uma pesquisa que avaliou as conexões existentes entre os precedentes citados nas decisões do STF, revelou-se que apesar de grande parte das decisões do Supremo terem uma quantidade expressiva de precedentes como embasamento, os contextos decisórios de cada caso se mostraram distintos. Tal fato revela que nessas situações o elemento influenciador da decisão é somente “a conclusão da decisão anterior, e não o processo argumentativo presente nela” (VOJVODIC, 2012, p. 226). Um posicionamento contrário se mostraria essencial para que as decisões do STF fossem consideradas em ações futuras que modificassem o sistema jurídico de fato.

Intrinsicamente relacionado a tal questão, tem-se ainda a problemática da própria organização do STF e o modo como a política pode ser judicializada por meio de suas decisões.

Lunardi (2019) discorre que as decisões do STF podem ser utilizadas como um poder de veto por determinados atores políticos, e revela que o potencial de cada ator com esse poder (ou de cada um dos 11 ministros) é diferente, visto que as motivações para cada voto são igualmente diferentes.

Outro ponto de extrema relevância que vai ser aludido no presente artigo é o aumento no tempo dos julgamentos em virtude da transmissão televisiva.

Esse excesso de argumentos nas decisões do STF ganhou maior incremento com a implantação da TV Justiça em 2002, um canal de TV para o Supremo Tribunal Federal, a partir do qual se passou a transmitir as sessões plenárias do STF e também programas voltados à instrução da população quanto ao funcionamento do sistema jurídico nacional, desde o começo da transmissão ao vivo dos julgamentos do Tribunais, os votos dos ministros do STF ficaram mais longos, em razão disso foram reduzidas as decisões colegiadas (FONTE, 2012).

Fonte (2012) revela que os acórdãos proferidos pelo STF em ações de inconstitucionalidade tiveram um incremento em seu número de páginas, o que contraria a redução esperada em decorrência da consolidação das jurisprudências e do uso dos precedentes, que reduzem a necessidade de argumentação mais aprofundada no julgamento de certos casos. Reitera-se aqui o fato de que o uso do precedente enquanto uma ferramenta ornamental ou simplesmente formal na decisão não garante maior força à argumentação jurídica.

Parece que nossos togados gostam de aparecer mais tempo em transmissões da tv, e para conseguirem isso estão escrevendo mais e, por consequência, demorando mais para decidir os processos, além de entupirem seus votos com textos que não são necessariamente fundamentos jurídicos.

Um exemplo de voto repleto de textos que não têm sentido e nem fundamento jurídico são os poemas do ministro Carlos Ayres Britto, no final de 2005 um recurso extraordinário foi levado a julgamento na primeira turma do STF, nesse recurso o Estado da Bahia pretendia reverter uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que reconhecia o direito de uma companheira ao recebimento de pensão por morte, apesar de que o *de cujus* mantinha o casamento de fato até a data de seu falecimento e o acórdão recorrido previa que a pensão deveria ser dividida entre as duas mulheres do *de cujus*, a esposa oficial e a autora. No decorrer da argumentação o ministro Carlos Ayres Brito mencionava que o referido caso era muito impressionante, pois o *de cujus* se chamava Valdemar do Amor Divino e a recorrida que pleiteava parte da pensão da esposa oficial se chamava Joana da Paixão Luz, e em uma das opiniões do ministro o mesmo relatou que estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino encontraria Joana da Paixão Luz e que ela lhe dedicaria toda a sua vida (MELLO, 2015).

Acrescenta-se também, que o referido ministro, em uma das ações mais importantes para o Estado jurídico brasileiro, que foi a discussão da constitucionalidade da lei de Biossegurança, teve o voto repleto de referências políticas literárias e emotivas, e mais uma vez ao julgar a Adin 4277 e ADPF 132, que se discutia a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, ao se pronunciar, o Ministro Ayres Britto usou uma linguagem poética a qual se referia que em uma união amorosa semelhante entre um homem e uma mulher implicava um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outras embocaduras que não seja a confiante entrega de um coração aberto ao outro, enquanto outros ministros votaram de acordo com a lei, Ayres Britto sempre expressa entendimentos próprios que são grandes objetos de apreciação, dando um show poético (MELLO, 2015).

4. AS SOLUÇÕES PARA A BABEL A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Tecidas as considerações sobre os precedentes jurídicos e também sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, é essencial discorrer sobre os problemas existentes na tomada de decisões pelo STF assim como nas alternativas de mitigação desses problemas.

Vojvodic (2012), abordando a problemática dos precedentes e da argumentação realizada pelo STF em suas decisões, discorre que nos estados democráticos a garantia dos direitos fundamentais se dá, dentre outros, pela atuação da Corte Constitucional, a qual assegura os direitos das minorias e a existência de um mínimo de justiça. Tais características dão as cortes constitucionais o poder de decisão, de ter a última palavra.

É justamente por conta desse poder conferido aos tribunais constitucionais que se faz necessária a construção de formas de controle que garantam que a tomada de decisões é realizada argumentativamente. Ou seja, “quanto maior é o peso que se confere à qualidade da argumentação das cortes judiciais, menor o espaço que se deixa à discricionariedade do juiz” (VOJVODIC, 2012, p. 23). Essa sustentação argumentativa confere maior transparência, igualdade e segurança jurídica às decisões judiciais.

Corroborando com tais colocações, Marinoni (2015) postula que.

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes ao longo do processo (MARINONI, 2015, p. 116).

Dessa forma, fica aqui evidente a importância de se utilizar da argumentação jurídica na fundamentação das decisões que irão sustentar a sentença e legitimá-la democraticamente.

A partir do Direito comparado é possível demonstrar algumas alternativas de como diferentes Cortes Constitucionais têm aplicado a teoria da argumentação jurídica nas repercussões das decisões em outros poderes e em outras esferas do judiciário (BARBOSA e RODRIGUES, 2012).

Nos Estados Unidos se usa a estrutura original do sistema *Common Law*, sistema que entende que o uso da jurisprudência é a principal fonte da norma, as decisões da corte de última instância do Judiciário federal ou estadual determina o princípio de direito ao analisarem questão de mérito que vão ser levadas a julgamento, podendo aplicar esse princípio em casos futuros, desde que os fatos relevantes sejam os mesmos.

O sistema de precedentes tem a favor a confiança nas decisões judiciais para ocorrer a contribuição ao processo judicial, fortalecendo a eficiência, outro método utilizado pela Corte Americana é o direito de estabilidade que se dá através da previsibilidade de decisões judiciais, fator que gera economia e tempo na solução de litígio, e a Suprema Corte comporta mecanismo de emissão de processos que lhe conferem a possibilidade de selecionar os casos que deseja apreciar, sendo que o número de processos admitidos é bem restrito (NUNES, 2015).

Acrescenta-se inclusive, que Suprema Corte comporta mecanismos de admissão de processos que lhe conferem a possibilidade de selecionar, discricionariamente, os casos que deseja apreciar, o processo nas decisões acontecem da seguinte forma: primeiro é apresentado o caso à Corte com exposição dos argumentos das partes de forma oral; o segundo ato é a reunião do juízes em conferência privada para discutir pontos relevantes dessa demanda, essa assembleia se realiza de portas fechadas sem que tenha acesso das partes, depois dessa reunião privada, as questões jurídicas a serem enfrentadas no julgamento são definidas, assim como o entendimento da maioria da corte (NUNES, 2015).

Exemplifica Iodeta (2018), que a Corte alemã adota o sistema *Common Law*, pois só desfere suas decisões em sessões secretas, e dependendo do caso, proíbe seus juízes de publicar os votos da maioria, tendo como principal objetivo dar estabilidade ao processo e evitar que posições individuais se tornem menos visíveis à posição do Tribunal.

De acordo com Nunes (2015), o tribunal Constitucional é prestigiado e reputado, sendo conhecido como tribunal do cidadão, o TCFA é a Corte jurisdicional mais alta do país, e esta, fora da estrutura comum do judiciário, é composta por cinco jurisdições independentes e suas competências e atribuições são bem demarcadas. O tribunal é formado por juízes não magistrados indicados por autoridades políticas, diferente das demais jurisdições independentes, ele é composto de somente uma instância decisória, e o julgamento é determinado por forma escrita e oral, no começo de cada ano, as câmaras organizam uma agenda de trabalho selecionando os casos que serão julgados naquele período.

Por mútuo acordo, com a anuência do presidente da seção, cada juiz se coloca como relator de casos que digam respeito à sua expertise, a maioria das decisões é tomada sem audiência oral, a portas fechadas, pelos magistrados, e os votos devem ser bastante minuciosos em relação a todos os aspectos do caso, relevando todos os detalhes e as argumentações apresentadas pelas partes.

No dizer de Barbosa e Rodrigues (2012), a Argentina segue o sistema da *Civil Law*, e o requisito principal para acionar o judiciário é a existência de um fato concreto, qualquer órgão pode se expressar para se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei. A corte constitucional do país vem se tornando uma moderna doutrina constitucional, as sentenças são feitas de formas individuais.

Conforme o entendimento de Vale (2015), o Tribunal Constitucional da Espanha adota o modelo de deliberação fechada ou secreta, no qual somente os magistrados podem entrar e permanecer, também é vedado a entrada de qualquer funcionário da Corte, inclusive os mais altos, como assessores e secretários, tudo que ocorrer na sessão deve ser mantido em segredo, ao final de

cada decisão os votos devem ser fundamentados, e a parte dispositiva assinada por todos os magistrados que participaram do momento deliberativo.

Taylor (2014) diz que a Corte Constitucional brasileira tem a capacidade de conformar certas normas ou políticas, bem como de criar certas regulamentações, sendo capaz de modificar a política. Entretanto, sabe-se que o STF não atua de forma coesa, uma vez que cada um dos seus membros possui ideologias próprias que se refletem diretamente nos argumentos utilizados em suas decisões, que costumam ser divergentes, sobretudo em julgamentos relevantes, por mais que o voto final seja convergente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração os aspectos apresentados, constatou-se que precedentes são referência e servirão como base de uma decisão judicial, em futuras decisões de casos semelhantes.

Vislumbrou-se, ademais, que a partir de tais considerações, pode-se dizer que os precedentes judiciais são utilizados por qualquer sistema jurídico, contudo, suas atribuições são alteradas dependendo das especificidades que lhe são conferidas, a partir disso, entende-se que os precedentes tem uma base nas normas da tradição *Civil Law* e *Common Law*, acontece que cada tradição possui suas peculiaridades, sendo que no *Civil Law*, o precedente tem baixo grau de força e isso não quer dizer que não há influentes suficientes para serem amparados por decisões sucessivas.

Já o *Common Law* sofre grandes discussões para dar um significado correto de decisão judicial, esta discussão também reflete no significado da função jurisdicional, o propósito era deixar claro que a decisão judicial concebia o direito e o declarava, e em razão disso, tem-se a ideia de estar ocorrendo uma discussão sobre a teoria da jurisdição.

Ocorre que, conforme demonstrado, as teorias da argumentação jurídica se situam em uma condição de motivação, neste contexto, o que advém da natureza psicológica é afastado na construção de um juízo, com isso, as normas, decisões, em regra são adotadas de uma forma racional, que mostram a consistência desses pressupostos como uma democracia, e a partir desses pressupostos se tem a relevância da argumentação jurídica na formação dos precedentes.

Acontece que no Brasil os juristas se preocupam em pronunciar suas próprias opiniões pessoais e não demonstram uma solução para cada caso, os tribunais mantêm certa desorganização na hora de proferir os votos em uma decisão, também não se preocupam em elaborar um voto oficial da corte. Mas o Brasil está a caminho de formar o uso de precedentes, e através de como as Cortes Constitucionais de outros Países têm organizado a alta cúpula, pode haver uma possível ideia para o

STF.

Acrescenta-se inclusive, que o Brasil parece reprimir o direito que se regula em função da argumentação não sistêmica, concebido por autoridade dos juízes e tribunais que se preocupam com o resultado do julgamento e deixam de lado a reconstrução argumentativa de seus fundamentos atuais e de casos anteriores, contudo, isso acaba afastando do plano a utilidade da maior parte da teoria da argumentação jurídica no Brasil, gerando várias críticas de que não há direito, pois os juízes não argumentam corretamente.

Averiguou-se, assim, que as cortes brasileiras sempre citam jurisprudências, doutrinadores e teóricos do direito ao desferir votos, mas não explicam o porquê de cada autor ser relevante ou o porquê que o caso é importante para a solução final.

Além disso, Brasil adota a jurisdição opinativa, este caráter opinativo fica mais claro quando, por exemplo, no STF ocorre um julgamento colegiado, nele os juízes deveriam opinar sobre o mesmo caso e a razões das votações. Se 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, porém com fundamentações diversas, em casos de repercussões menores, qual o fundamento para essa ocorrência? Diferentemente quando 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido e fazem questão de expor as diversas opiniões quando são casos de grandes repercussões públicas, mas esquecem de elaborar fundamentação para a argumentação que é o mais importante.

Também foi verificado, como já citado no presente artigo, que as decisões dos tribunais são feitas através de ementas e enunciados e não se usam precedentes que podem ser construídos argumentativamente.

Outro problema encontrado é o excessivo aumento de argumentos nas decisões do STF, após a Tv Justiça entrar no ar e começar a transmitir ao vivo os julgamentos do Tribunal, os votos dos ministros se tornaram maiores, e em conta disso, as decisões colegiadas foram reduzidas, além de que a demora na decisão em decidir processos traz textos que não tem nada a ver com a situação, com explanações desnecessárias que vêm atribuídas em forma de poemas e opiniões pessoais, um exemplo disso são as decisões do ministro Carlos Ayres Britto, que em julgamentos de grande relevância para o direito brasileiro o ministro tem votado sem fundamento jurídico se pautando em longos poemas.

Assim, diante de tudo que fora exposto, apesar de o tema ser ainda, em vários aspectos, controverso, chega-se à conclusão de que a partir do Direito comparado é possível determinar algumas alternativas de como diferentes Cortes Constitucionais têm aplicado o direito na forma de decidir, e sobre o funcionamento da Corte Constitucional de alguns países na forma de suas decisões.

Desse modo, após análise da opinião dos estudiosos sobre o tema e estudos bibliográficos, leva-se a acreditar que a atuação do Supremo tribunal federal está sendo falha e não tem usado corretamente a teoria da argumentação em relação as decisões e justificações de votos.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, C, M; RODRIGUES, A.C.B. **Cortes Constitucionais** – Um estudo comparado. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9> >. Acesso em: 20 mai. 2020.
- CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**, Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- CAMBI, E; OLIVEIRA, L. P. O. **O direito a favor da esperança**: o uso dos Precedentes Judiciais para a efetivação da Dignidade da Pessoa Humana. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FIGUERO, A, Alfonso García. Uma primeira aproximação da teoria da argumentação jurídica. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 8-45.
- FONTE, Felipe de Melo. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? **Conjur**, ago. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2020.
- IODETA, P, A. **Como os Supremos Tribunais de EUA e Europa tomam decisões** - e lidam com questões espinhosas. **Disponível em**: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43978165> Acesso em: 28 mai. 2020.
- PERELMAN, L. **Lógica Jurídica**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces**. Bogotá: Legis, 2009.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. Judicialização da política ou “politização suprema”? O STF, o poder de barganha e o jogo político encoberto pelo constitucionalismo. **Pensar, Revista de Ciências Jurídicas**, v. 24, n. 1, p. 1-12, jan./mar. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/wp/>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- _____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, P, P, C. **Nos bastidores do STF**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MIRANDA, Tássia Baia. Stare decisis e aplicação do precedente no sistema norte-americano. **Revista da AJURIS**, v. 34, n. 106, p. 260-292, jun. 2007.
- NUNES, L, C, E, S. **O procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal**: Um estudo sobre deliberação e decisão na Corte Brasileira. Disponível em <http://ppgdc.sites.uff.br/wp->

content/uploads/sites/34/2017/06/O-PROCEDIMENTO-DECIS%C3%93RIO-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL-UM-ESTUDO-SOBRE-DELIBERA%C3%87%C3%83O-E-DECIS%C3%83O-NA-CORTE-BRASILEIRA.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUEZ, R, J. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (Brasileiro). 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**, a. 3, n, 2, p. 1-15, 2014.

TAYLOR, Matthew. **Judicialização da Política**: Tribunais e reforma de políticas no Brasil democrático. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALE A, R. **Argumentação Constitucional**: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf Acesso em: 10 jun. 2020.

VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, ano 4, n. 6, p. 135-151, jan. /jun. 2009

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

