

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 195
julho/setembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF

O efeito vinculante é absoluto?

Breno Baía Magalhães
Sandoval Alves da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Precedente vinculante como regra: conceituação à luz da teoria de Frederick Schauer. 3. Análise da força dos precedentes vinculantes e não vinculantes do STF de acordo com a teoria de Frederick Schauer. 3.1. Julgados dotados de efeito vinculante formal. 3.2. Casos desprovidos de efeito vinculante formal. 4. Conclusões.

1. Introdução

Desde a inclusão do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da EC nº 03/93, a discussão sobre precedentes vinculantes tornou-se frequente em nosso país. A discussão se intensificou por conta das inúmeras controvérsias que circundaram a criação das súmulas vinculantes, cuja legitimidade e justificativa estão longe de ser consensuais no âmbito acadêmico e jurisprudencial. Todavia, no meio dessas discussões, uma característica sempre esteve presente nas descrições acerca do efeito vinculante nos precedentes brasileiros: sua obrigatoriedade, em contraposição aos precedentes que não possuem efeito vinculante imposto por lei ou pela Constituição.

Com efeito, a obrigatoriedade do precedente vinculante é uma característica que levanta poucos questionamentos. No entanto, mesmo nesse ponto específico, uma questão polêmica permanece: qual o

Breno Baía Magalhães é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Faculdade de Belém (FABEL).

Sandoval Alves da Silva é Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA).

grau de obrigatoriedade estabelecido pelo efeito vinculante? Muitas definições acadêmicas acerca do que seriam precedentes vinculantes (sejam aqueles derivados da via direta de controle de constitucionalidade, sejam aqueles oriundos das súmulas vinculantes) parecem dotá-los de força normativa incontornável, portanto, de uma vinculação de caráter absoluto. Por conseguinte, de acordo com tais considerações, o precedente vinculante deve ser aplicado de forma estrita, sem exceções (que poderiam variar desde a distinção entre os casos até os casos de revogação do precedente)¹.

Não obstante o quadro brevemente descrito acima, as recentes práticas do precedente vinculante no Brasil parecem apontar para uma conclusão diferente da tese da vinculação absoluta. Divergindo dessa última, os precedentes (independentemente de serem vinculantes ou não) parecem exercer uma variada gradação de sua força normativa, que independe das circunstâncias relativas à imposição de uma vinculação formal legal ou constitucional².

¹ Oscar Vieira (1994, p. 89-90) concluiu, por exemplo, que a decisão dotada de efeito vinculante na ADC visa, em última instância, a tornar a norma declarada constitucional imune às impugnações por parte dos cidadãos por meio do judiciário, que estará, por sua vez, impossibilitado de verificar a legitimidade da norma no caso concreto, bem como considerá-la inconstitucional pela via do controle difuso, pois ficam obrigados à decisão proferida pelo STF. Ives Gandra Martins e Fátima Garcia (1995, p. 128), comentando sobre o efeito vinculante da ADC, salientaram que a decisão vinculante do STF retira a legitimidade (inclusive do próprio STF) para deflagrar novo julgamento a respeito do caso, impedindo que questões subam às instâncias superiores, pois todas estarão sumariamente decididas. Por fim, mais recentemente, Patrícia Perrone Mello (2008, p. 63-78) afirma que os precedentes vinculantes possuem caráter normativo, o que quer dizer que a decisão deve prevalecer sempre, pois apresentam um entendimento que deve ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, ou seja, fixam uma orientação a ser seguida em todas as hipóteses semelhantes, projetando efeitos além das partes de um caso concreto.

² A existência de diferentes gradações da força normativa dos precedentes no Brasil pode ser verificada, por exemplo: na repercussão geral no STF; na legis-

Em estudo comparativo realizado sobre a interpretação dos precedentes nos países que adotaram, historicamente, os modelos da *civil law* e do *common law*, Neil MacCormick e Robert Summers³ (1997) apresentaram importantes reflexões e conclusões acerca das convergências e diferenças existentes no tratamento dos precedentes em ambos modelos que reforçam, por exemplo, a assertiva exposta no parágrafo acima.

De início, duas grandes similaridades foram ressaltadas no estudo: 1) os precedentes desempenham importantíssimo papel nas decisões judiciais e no desenvolvimento do direito, mesmo quando não lhes é reconhecida força vinculante ou outra força normativa diferenciada. O estudo dos autores demonstrou que, mesmo naqueles países em que, por conta de práticas tradicionais, as citações aos precedentes são desencorajadas, estes são muito importantes na prática judicial; e 2) os dois sistemas acomodam mudanças e evoluções nos precedentes por meio da atuação judicial (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 531).

O que os autores perceberam, da análise dos dois sistemas, é que, se existe alguma diferença normativa entre os precedentes produzidos nos diferentes países, ela é mais quantitativa do que qualitativa, pois em ambos há força normativa, variando apenas o grau e a maneira de vinculação por eles

lação dos recursos repetitivos no STJ; nos poderes do relator no juízo de admissibilidade e mérito recursal nos tribunais e nas súmulas impeditivas de recurso. Todos os precedentes utilizados ou produzidos por esses institutos vinculam, mas não da mesma forma ou na mesma intensidade.

³ O estudo, realizado por um grupo de juristas, foi um empreendimento analítico que envolveu a discussão de diferentes países de tradições jurídicas sobre a prática do precedente, entre eles: Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Reino Unido, EUA (Nova York) e União Europeia. Todos os juristas responsáveis por analisar o precedente em seu país confeccionaram relatórios nos quais respondiam a questões comuns, elencadas em categorias, tais como: a vinculação formal do precedente; o que significam e como se aplicam; as justificativas para sua aplicação etc.

estabelecida (se formal ou material), pois, mesmo nos casos de precedentes considerados persuasivos, observa-se alguma força normativa ou grau de vinculação (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 533-534).

Quanto às diferenças no trato dos precedentes, os autores observaram distinções em razão da forma de aplicação, especialmente porque, no sistema da *common law*, por exemplo, a frequência de sua utilização exige maior publicidade, profundidade e clareza nas razões expostas; há, também, uma mais aprofundada análise dos fatos que emergem da razão jurídica e é corrente a utilização de razões para distinções (*distinguishing*). Ademais, a existência de um só precedente é suficiente para vincular os casos futuros, pontos que ainda estão imaturos na prática dos países tradicionalmente considerados de *civil law*⁴.

Não obstante outras relevantes conclusões, uma das mais importantes, pelo menos para fins do presente artigo, foi que a existência de uma vinculação formal (*formally binding*) do precedente não significa uma força estritamente vinculante (*strictly binding*). Isso quer dizer que, em todos os países onde a pesquisa foi realizada, sejam os de *civil law* ou os da *common law*, os precedentes que possuem obrigatoriedade por

alguma determinação formal não vinculam de maneira absoluta.

Segundo MacCormick e Summers (1997, p. 532), a vinculação na *common law*, em todos os seus campos, está sujeita a exceções, ou seja, pode ser superada, porquanto as cortes superiores podem superar ou revogar o precedente vinculante, ainda que reconheçam que seja dotado de força normativa de ordem superior. Portanto, prosseguem os autores, é incorreta e deve ser superada a imagem caricatural de que, nos países de tradição romanista, os ordenamentos jurídicos estejam totalmente livres dos “grilhões” do precedente, contrastada com a, igualmente equivocada, imagem de uma “escravizadora” experiência da tradição dos ordenamentos de modelo anglo-saxão, que, por meio do princípio do *stare decisis*, “ancora” o direito da *common law* ao passado. Dessa forma, a força dos precedentes não seria traduzida por meio de uma dicotomia forte (qual seja: vinculação absoluta de um lado e ausência de vinculação, de outro), mas seria melhor traduzida por um *continuum*.

Partindo de tais considerações, a proposta do artigo é analisar os precedentes vinculantes do STF (decisões em ADI, ADC, ADPF e súmulas vinculantes) com a finalidade de verificar a validade das conclusões extraídas do estudo de Neil McCormick e Robert Summers para a realidade brasileira, que apontam para a existência de um *continuum* que permeia a força normativa do precedente, ou seja, visa a demonstrar se outros fatores, além da imposição formal, determinam o grau de vinculação do precedente (posição hierárquica da corte, interpretação, aceitação, justificativas de sua existência, questões de direitos fundamentais etc.).

Nesse sentido, de que forma poder-se-ia sustentar, teoricamente, que o efeito vinculante brasileiro exerce uma força absoluta de vinculação? Para responder à última pergunta, será feita análise de um marco teórico que dá conta de explicar como

⁴ Nos países em que não existe o hábito, sistemático, de utilização detalhada das razões expostas no precedente, podemos observar que: 1) a publicidade das razões da decisão é pouco importante, seguindo da mesma sorte o veículo por onde esta é realizada; 2) a análise é menos profunda para extrair o comando normativo, razão pela qual a exposição dos fundamentos não ganha ares de importância fundamental; 3) não há necessidade de identificação das razões principais (*ratio decidendi* ou *holding*) e acessórias (*obiter dicta*); 4) não há necessidade de análise e contextualização fática; 5) as distinções não têm importância e não são analisadas na aplicação dos precedentes; 6) a existência de um só precedente não tem a autoridade de vinculação dos casos futuros, necessitando, para tanto, de uma linha de precedentes; 7) os tribunais inferiores têm independência para afastar um só precedente da Suprema Corte; e 8) o afastamento dos precedentes não é justificado e tampouco os tribunais fazem referência explícita quando os afastam (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 536-539).

precedentes que operam com vinculação absoluta se caracterizam e de que forma pode-se justificar tal característica. Nesse passo, os precedentes vinculantes serão caracterizados à luz do modelo teórico de Frederick Schauer, que os considera como regras. Feita a exposição substancial das propostas teóricas, algumas decisões do STF serão analisadas, a fim de perquirir se elas se ajustam ou não ao determinado pela teoria de Schauer. A resposta da análise demonstrará se a tese do *continuum* de Neil McCormick e Robert Summers pode ser utilizada para descrever a prática do precedente vinculante brasileiro.

2. Precedente vinculante como regra: conceituação à luz da teoria de Frederick Schauer

– O modelo de regras

Frederick Schauer (2004) desenvolveu a teoria do positivismo presuntivo, que considera o direito como um sistema de regras positivas que devem ser aplicadas por sua origem jurídica, ainda que o julgador se depare com um resultado errado ou subótimo, respeitando sua prioridade local de incidência no caso, aplicando-se, entretanto, de forma excepcional, outros parâmetros normativos (moral, economia, política etc.)⁵, apenas por razões muito for-

⁵ Schauer (2004), ao abordar o positivismo jurídico, exime-se de posicionar-se acerca da natureza das questões que aquela teoria do direito deve responder, assim como sobre a prevalência de seu caráter descritivo ou analítico, mas afirma que concorda, apenas, com a assertiva conceitual positivista de que a identificação de uma norma e sua qualificação como jurídica são independentes de seu conteúdo moral substantivo. A questão, argumenta o autor, não está centrada na ideia de exclusão de argumentos morais das decisões jurídicas, mas de um isolamento sistemático de padrões morais, uma vez que o positivismo não exclui a possibilidade de o juiz utilizar outros padrões normativos em suas decisões. Nesse sentido, tendo o julgador disponível um leque de razões para decidir uma demanda, que pode levar a inúmeros resultados (bons ou ruins), a presunção de aplicação do raciocí-

tes: por conta de uma força argumentativa excepcional ou, por exemplo, em função de grandes injustiças (daí o aspecto presuntivo do modelo de regras).

Partindo dessa premissa, as regras jurídicas buscam resolver os casos concretos por meio de generalizações, que compreendem a validade conceitual e a fidelidade descritiva da regra. Schauer (2009, p. 15-16) não nega, entretanto, que toda regra possua uma justificação, uma razão, que é o objetivo que visa cumprir. Todavia, tais razões são, geralmente, vagas demais para auxiliar a tomada de decisões jurídicas e estão sempre sujeitas a incertezas e variações para que possam, efetivamente, limitar as ações dos juizes. Ainda que as justificações sejam importantes, são as regras em si mesmas que carregam a força do direito e que ditam o resultado jurídico, ou seja, não são as justificativas das regras o que o direito requer. Ademais, as regras estão interligadas na linguagem em que foram escritas, tornando central para a regra o que ela afirma, ainda que seja contraditório às suas razões justificadoras ou que produza um resultado subótimo em determinado caso (SCHAUER, 2009, p. 17-19).

Feito esse apanhado geral sobre a teoria das regras jurídicas do autor, é importante descrever, ainda que de maneira sucinta, o modelo que Schauer constrói para fundamentar a tomada de decisão com base em regras (não necessariamente um modelo restrito ao raciocínio jurídico), para se compreender melhor a correlação de tal modelo com os precedentes considerados como regras.

As generalizações são inerentes às regras. No processo de generalização⁶, faz-se a distinção entre as generalizações

nio jurídico é sempre mais forte no sentido de que se utilizem regras jurídicas.

⁶ Generalizar, para Schauer (2004, p. 76), é involucrar-se em um processo que é parte da vida. Ao generalizar, perde-se o aspecto da individualidade, ao passo que o objeto da generalização passa a ser exemplo de um tipo ou membro de uma classe.

prescritivas (regras de conduta) e as descritivas (fenômenos físicos ou entes ideais), para demonstrar que a estrutura das regras prescritivas envolve dois elementos, sendo: 1) o *predicado fático*, que seria a hipótese da regra, é um enunciado descritivo, cuja verdade e condição são necessárias e suficientes à aplicação da regra e 2) o *consequente*, que descreve o que deverá ocorrer quando se verificar as condições especificadas no predicado fático⁷. Tal diferença é importante para acentuar que, independentemente de seu alcance, o predicado fático generalizador da regra é aplicável para todos os membros de uma classe (SCHAUER, 2004, p. 81-83).

As generalizações prescritivas começam particularmente de um fato individual para, a partir dele, alcançar a generalização com a pretensão de aplicação a todos os fatos futuros do mesmo tipo. As generalizações são, portanto, escolhas seletivas. Dependendo do tipo de generalização selecionada, um caminho é trilhado e determinados resultados serão alcançados. Nesse sentido, caso sejam suprimidas outras propriedades do objeto generalizado, resultados diferentes serão obtidos. Tais escolhas seletivas de propriedades são relevantes para localizar o objeto em uma categoria mais ampla, ou seja, a escolha seletiva reflete a justificação da generalização. O problema desse tipo de generalização é a probabilidade, visto que a causalidade probabilística busca estabelecer uma possível relação de causa e efeito entre uma característica e uma consequência ou entre o predicado fático e a justificativa da regra (provável causa que deu origem à regra), pois o predicado fático representa um conjunto de fatos cuja existência aumenta a probabilidade de ocorrência da justificativa (SCHAUER, 2004, p. 85-88)⁸.

⁷ Como exemplo de tais elementos: *se* alguém conduzir um automóvel acima de 80 km/h (predicado fático ou hipótese), *então* terá de pagar uma multa de valor X (consequente).

⁸ Partindo de um determinado mamífero, generaliza-se seu tipo para categorizá-lo como um

O predicado fático da regra não é uma generalização perfeita. Isso porque o predicado fático possui uma relação probabilística com o objeto da regra, deixando aberta a possibilidade de que, em alguns casos, a conexão entre justificação e consequência esteja ausente. Nesse sentido, as regras possuem predicados fáticos subinclusivos ou sobreinclusivos, tal quando a generalização da regra exclui ou inclui mais do que a justificativa autorizaria⁹. Outro problema que surge é o da textura aberta da regra, que representa generalizações universais imperfeitas sobre o futuro ou vaguezas sobre o presente, existentes pela limitada capacidade humana de prever o futuro. Esses casos falseiam o que antes era considerado uma verdade universal ou excludente (SCHAUER, 2004, p. 89-95)¹⁰. Esses três problemas acarretados pela generalização são importantes para se averiguar as funções das regras.

A concepção da generalização probabilística acarreta o que Schauer chamou de experiência recalcitrante, que ocorre quando o resultado da aplicação da regra nega a sua própria justificativa. Entretanto, apesar de tal experiência, Schauer sustenta que as generalizações prescritivas devem

pinscher, um vira-lata, ou, mais amplamente, como um cão. Feita tal generalização, pode ser estabelecida a regra de proibir cães em um restaurante, porque estes causam incômodos aos clientes. A seleção feita é para a categoria *cães*, e não *mamíferos*, por exemplo, restringindo à hipótese de que somente aquele tipo de mamífero causa incômodo em restaurantes. O aspecto probabilístico da generalização é o de que todos os cães causam incômodos aos clientes de restaurantes.

⁹ Seguindo o exemplo da nota anterior, podemos pensar que cães-guia estão incluídos na regra que proíbe a entrada de cães (sobreinclusão), ainda que sejam treinados para não causar incômodos, assim como a regra não cita, por exemplo, gatos, que podem, igualmente, causar incômodos aos clientes (subinclusão).

¹⁰ A generalização universal pode ser formulada tomando por base, por exemplo, uma crença que considera que exista uma doença, exclusivamente, transmitida por cães, ensejando a regra que proíbe sua entrada no restaurante. Entretanto, após pesquisas científicas, descobre-se que tal doença não é transmitida pelos caninos.

ser entrincheiradas (obstaculizando a possibilidade de utilizar uma linguagem sensível e adaptável)¹¹ para que um modelo de regras seja efetivo, asseverando que essas experiências representariam pequenas injustiças suportáveis diante das vantagens mais amplas do modelo de regras. Assim, do confronto entre a aplicação da regra e a sua justificativa, a primeira deve prevalecer. Portanto, o entrincheiramento das generalizações deixa de fora casos que poderiam ser incluídos na regra, caso fosse aplicada sua justificativa (SCHAUER, 2004, p. 106 -112).

As mais fortes justificativas em defesa do modelo de regras, segundo o autor, estão na eficiência, na confiança, na aversão ao erro dos julgadores e na estabilidade¹².

O argumento da aversão ao risco de erro dos julgadores preconiza que há erros que independem deles, que são observados por conta do contraste do entrincheiramento das regras com a riqueza das possibilidades da vida. Porém, existem erros que advêm da aplicação incorreta de um procedimento

particularista, teoricamente, otimizador¹³. Estes últimos se reduzem com o modelo de regras, pois o julgador dispõe de um número menor de fatores, que são fáceis de encontrar, controlar e de aplicar. O argumento da estabilidade, que está intimamente ligado ao argumento de aversão ao erro, da confiança e da eficiência¹⁴, defende que o modelo de regras traz estabilidade por si mesma, pela razão de as regras estreitarem o espectro das decisões potenciais e por tornarem mais difícil alterar, positiva ou negativamente, o estado das coisas (SCHAUER, 2004, p. 198-220).

A utilização de um modelo de regras nos moldes propostos por Schauer encontra sua principal justificativa institucional na ideia de distribuição do poder decisório. Um julgador que decide com base no modelo de regra é instruído para não considerar certos fatos, razões e argumentos, evitando que chegue a resultados equivocados (aversão ao risco de erro dos julgadores). Desse modo, as regras funcionam como importantes instrumentos de distribuição de poder, o que quer dizer que serviriam para delimitar que apenas determinadas instituições seriam competentes para determinar seu conteúdo. Todavia, tal delimitação não se baseia em considerações, eminentemente, de limitações epistêmicas ou de ausência de aptidões, mas de limitações temporais

¹¹ Schauer (2004) expõe o modelo entrincheirado de tomada de decisões em contraposição ao modelo conversacional, que tem como característica se adaptar a qualquer contexto, ou seja, as experiências recalitrantes do futuro e as adequações das generalizações às suas justificativas são sempre possíveis diante de um caso específico.

¹² Afirma Schauer que não é o propósito do direito ser injusto por ser injusto, mas há um importante conjunto de valores (previsibilidade de resultado, uniformidade de tratamento e medo da discricionariedade) que o sistema legal toma como importante preservar. Nesse sentido, o direito é mais do que simplesmente fazer a coisa certa em cada caso individual, pois, em nome do Estado de Direito, importantes valores institucionais e sistêmicos devem prevalecer, mesmo que, ocasionalmente, à custa da justiça ou da eficiência no resultado de um caso individual (SCHAUER, 2009, p. 35). Partindo de tais premissas, o autor rechaça o argumento de que as regras garantem a equidade, uma vez que as regras ganham relevo justamente quando ignoram diferenças relevantes no tempo de sua aplicação, ou seja, quando tratam diferentemente casos similares. Isso porque a equidade apenas pode ser alcançada em um caso se houver transcendência das limitações inerentes às regras (SCHAUER, 2004, p. 198-200).

¹³ O tipo de erro que envolve um argumento de suposta otimização é diferente daquele que decorre das experiências recalitrantes trazidas pelas vivências diárias, uma vez que, no primeiro tipo de erro, a autoridade decisória se sente livre para perquirir quaisquer padrões que ela mesma considera como os melhores, de forma particularista. Como exemplo, cita-se o caso de delegar à autoridade policial a decisão acerca da interpretação constitucional sobre o que se pode considerar como “dia”, de acordo com a dicção do inciso XI, art. 5º, da CF/88.

¹⁴ O argumento da confiança representa a certeza e previsibilidade de uma ação, permitindo que haja o planejamento das atividades intersubjetivas com maior eficácia. O argumento da eficiência, por sua vez, preconiza que, com o modelo de regras, perde-se menos tempo investigando e calculando as justificativas e consequências de uma regra, permitindo sua aplicação mais expedita e segura.

(entrincheiramento de generalizações) e de delimitação de alocação horizontal de poderes.

– *O modelo de regras e a força dos precedentes*

É com base no modelo de regras que o autor desenvolve o pensamento acerca da normatividade e vinculação dos precedentes judiciais, de tal sorte que os precedentes, em breve síntese, são considerados como generalizações entrincheiradas, que desconsideram as experiências recalcitrantes. A diferença está em que os precedentes são generalizações posteriores formuladas por outra autoridade, mas, da mesma forma que as regras legislativas, tais generalizações independem das justificativas que deram origem ao precedente (SCHAUER, 2004, p. 244-245)¹⁵.

O núcleo principal do que seja seguir um precedente é decidir uma questão jurídica da mesma forma que cortes anteriores fizeram no passado. Não se trata de estar persuadido pela decisão e, posteriormente, segui-la. A obrigatoriedade vai mais além. Schauer defende que, quando alguém segue uma decisão porque acredita que esteja correta, ou seja, quando a decisão é seguida porque apresentara razões que fizeram a pessoa mudar de ideia sobre o tema, não existe obediência ao precedente. Trata-se de uma questão de aprendizagem. A corte inferior deve seguir o precedente, ainda que acredite que esteja decidindo de forma equivocada, pois é o *status* de decisão anterior que lhe confere força, não a correção de sua justificação ou de seu resultado (SCHAUER, 2009, p. 37-40)¹⁶.

¹⁵ A tarefa da teoria do precedente, portanto, é explicar, em um mundo em que um único evento pode se encaixar em diferentes categorias (ou tipos), como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras, não (SCHAUER, 1987, p. 579).

¹⁶ O fato de um tribunal chegar à mesma conclusão de um julgamento anterior não é indício de que exista obrigação de seguir um precedente (*stare decisis*), pois, ainda que se admita que o julgamento do caso em análise alcance a mesma premissa do precedente, sem que houvesse decisão preexistente, isso não

Além da distinção temporal e de autoridade entre a tomada de decisão baseada em regras e a tomada de decisão baseada em precedente, há, também, a indeterminação ou subdeterminação do conteúdo a ser generalizado do precedente, pelo fato de não existir um predicado fático estabelecido de forma canônica, como nas regras. Nesse sentido, quem realiza a generalização é o tribunal que tem de julgar um caso posterior, lançando mão do caso paradigma, pois no primeiro tribunal não se sabe ainda qual regra ou *standard* de relevância será generalizado na aplicação do precedente ao caso em julgamento (SCHAUER, 2004, p. 246-247)¹⁷.

Dessa feita, como não há a formulação de prescrições normativas da regra pelo tribunal que formou o precedente (generalização canônica), o segundo tribunal pode generalizar de forma vinculante pela descrição dos fatos, pelos fundamentos ou por categorias (servidor público, regime estatutário etc.), mas, uma vez feita a generalização, as justificativas formuladas por tais critérios deixam de ser importantes e a generalização passa a ter normatividade independentemente da justificativa extraída da descrição dos fatos, dos fundamentos ou das categorias encontradas no precedente no momento da generalização¹⁸.

representa a adoção de um precedente por sua força vinculante, mas apenas que as razões dos julgamentos são coincidentes. Por outras palavras, decidir de acordo com um precedente, por considerar sua força vinculante, não se verifica quando um ministro vota em sua conformidade por concordar com as razões, mas, sim, porque o compreende como vinculante ou obrigatório (SCHAUER, 2007, p. 385-386).

¹⁷ A questão do precedente, portanto, não é se existem categorias imutáveis do mundo que podem ser apreendidas com a linguagem, mas, sim, se as categorias usadas ao se formular uma decisão estão totalmente dentro do controle do julgador, ou se as categorias, de alguma forma, resistem às alterações feitas pelos julgadores que as utilizam posteriormente. Por essa razão, é muito importante que a forma com que os casos sejam agrupados não seja descaracterizada no futuro (SCHAUER, 1987, p. 584-585).

¹⁸ Seguir um precedente é importante para a eficiência cognitiva e decisória das cortes inferiores.

Assim, tem-se que o peso das regras generalizadas por meio dos precedentes não é canonicamente formulado, mas interpretado por profissionais e construído a partir de decisões prévias (SCHAUER, 2004, p. 248-250). De mais a mais, a noção de precedente depende, fortemente, do modo com que as categorias (generalizações) do mundo utilizadas sejam formuladas; devem sê-lo frequentemente, de maneira ampla ou mais poderosa em canalizar pensamentos do que categorias ou comparações que podem formatar propósitos normativos particulares e, portanto, de pouco alcance (SCHAUER, 1987, p. 587).

Nesse sentido, o autor afirma que a vinculação horizontal do precedente (para o autor, a obrigação de um mesmo tribunal seguir seus próprios precedentes), ou seja, a regra do *stare decisis*, não existe quando um tribunal tem a liberdade de rejeitar uma decisão anterior que considere equivocada. Todavia, afirmar que as revogações são possíveis não quer dizer que não exista o *stare decisis*, mas apenas que se trata de uma regra não absoluta, ou seja, deve haver o respeito de decisões que são consideradas equivocadas, por conta de sua natureza, e se isso não ocorre é porque a regra da justificativa especial é ilusória. Com efeito, se os juízes nunca seguem um precedente que julgam equivocado, nunca existiu uma norma de *stare decisis* absoluta (SCHAUER, 2007, p. 390-391).

Schauer, por exemplo, afirma que a atual Suprema Corte não respeita a norma do *stare decisis*¹⁹, mas reconhece, entretanto, que tal

Portanto, considerar questões como assentadas é melhor para um tribunal, uma vez que não precisará rever a matéria constantemente. Ou seja, trata-se de ter em conta a consistência e o assentamento das questões, por conta do valor da estabilidade em si mesma (SCHAUER, 2009, p. 43).

¹⁹ Tal conclusão é reforçada, na visão do autor, pelas pesquisas empíricas realizadas pelos cientistas políticos; pelas críticas atuais de renomados juristas; pela prática das divergências contínuas de juízes, que, mesmo sendo voto vencido, insistem em suas convicções, bem como a rejeição do *stare decisis* por alguns juízes. Isso porque, ao que parece, os juízes estão mais

atitude pode ser explicada porque a Suprema Corte lida com casos de alta complexidade moral e política, ou seja, seria melhor procurar tal norma nas cortes inferiores, onde questões de direitos fundamentais individuais não estão em jogo e o valor da garantia da consistência por si mesma é importante (SCHAUER, 2007, p. 396-399).

A força do precedente, portanto, não está apenas ligada a categorias de assimilação (generalizações), mas também à amplitude de tais generalizações. Dependendo das distinções arbitrárias que forem feitas, menor será o papel do precedente. Dizer que o precedente é razão para decisão de uma determinada forma não é o mesmo que dizer que seguir o precedente é o que se deve sempre fazer, todas as coisas consideradas, pois precedente vinculante é aquele que tem de ser seguido ou distinguido. Um sistema no qual o precedente opera como uma limitação comparativa forte será um sistema no qual os julgadores ignoram as finas, porém justificáveis, diferenças na busca de similaridades mais amplas (SCHAUER, 1987, p. 592-595). Portanto, quanto menos uma corte segue um precedente vinculante, mais fraca (ou inexistente) será a regra que impõe tal vinculação.

A vinculação decorrente da generalização dos precedentes só pode ser afastada, à semelhança do modelo de regras, por meio de distinções ou pelo critério da especialidade (prioridade local), que deixa de lado o precedente, sem revogá-lo, apesar de o critério da especialidade não ter prioridade absoluta. Para que haja revogação (*overruling*), não basta que a decisão seja, apenas, um erro; ocorrerá revogação apenas quando a corte acreditar que a decisão seja extremamente errada e que possa acarretar consequências muito graves (SCHAUER, 2009, p. 60).

À guisa de conclusão, verifica-se que o modelo de tomada de decisão baseado em

propensos a considerar aquilo que consideram como a melhor interpretação (tomando em consideração todos os fatores) da interpretação do que a aderência ao precedente em si mesma (SCHAUER, 2007, p. 396-397).

regras considera que, em um sistema de precedentes, a possibilidade de otimização caso a caso não é algo possível. Trata-se de um sistema que é avesso ao risco de erro dos julgadores ou à discricionariedade, uma vez que sacrifica a possibilidade de otimização caso a caso, em troca da diminuição da possibilidade de resultados ruins em um número maior de casos (SCHAUER, 1987, p. 590)²⁰.

3. Análise da força dos precedentes vinculantes e não vinculantes do STF de acordo com a teoria de Frederick Schauer

De acordo com o exposto linhas atrás, a força do precedente vinculante é considerada absoluta, assemelhando-se à força de lei. Intencionando compreender melhor o que significava uma determinação formal de vinculação aos precedentes do STF, foram expostas as ideias de Schauer, com o fim de descrever, do ponto de vista teórico, o que seria o precedente vinculante absoluto, interpretado como regra.

Entretanto, mais do que apenas descrever o que seria um precedente absoluto na prática judicial brasileira e acolher ou refutar a conclusão de MacCormick e Summers (1997) sobre a provável e possível inexistência de um precedente com força absoluta nas experiências estrangeiras, é imperativo analisar a forma como o STF interpreta o precedente vinculante e sua força.

Partindo dessas premissas, serão analisadas decisões do STF que apontam a força de um precedente vinculante, em contraste com a força de precedentes que não são dotados dessa característica. Dessa forma,

²⁰ Schauer (1987, p. 601) aponta que, nos territórios de decisão em que se busca a ênfase na riqueza e individualidade da experiência imediata, o homem se sente livre para explorar todo argumento possível para que se possa transformar uma questão como a melhor para um caso, pois será a fineza do caso que será o mais vital. Tal sistema nega as vantagens do precedente. O desejo da estabilidade se rende ao desejo de responder corretamente.

com base em Schauer, é possível elencar algumas hipóteses que seriam capazes de demonstrar se o STF considera que o precedente dotado de efeito vinculante sempre deve prevalecer, ou seja, se é absoluto: 1) se o STF considerar que a generalização entrincheirada utilizada no predicado fático do precedente²¹ prevalece, à revelia das justificativas sustentadas em sua formulação; 2) se o STF não aceitar aplicações particularistas de generalizações, relevando aplicações subótimas dos precedentes trazidas por experiências recalcitrantes; 3) se o STF aplicar um precedente, ainda que considere que sua decisão pretérita tenha sido incorreta, tendo em vista a estabilidade considerada em si mesma; e 4) se o STF não utilizar ou reinterpretar as justificativas que tenha construído na formulação do precedente vinculante, para resolver problemas de sua aplicação.

Portanto, caso essas hipóteses estejam presentes na análise abaixo, podemos corroborar com a tese de que o precedente vinculante opera de maneira absoluta e afastar, definitivamente, as teses de MacCormick e Summers (1997).

3.1. Julgados dotados de efeito vinculante formal

– Casos envolvendo a *Súmula Vinculante nº 9*

Em 2008, o plenário do STF editou a súmula vinculante nº 9, cujo teor é o seguinte:

²¹ O predicado fático que contém a generalização, para fins da hipótese estruturada, pode ser formulado de forma canônica, no caso, por exemplo, da súmula vinculante ou pode não existir, quando formulado pelo tribunal anterior. Em ambos os casos, podemos perceber se houve ou não a aderência ao predicado fático não canônico pelo controle que o STF realiza, especialmente, via reclamação. No caso da súmula vinculante, é importante notar que seu enunciado não é um precedente, mas a extração canônica do que seria a regra de relevância de vários precedentes. Não obstante, comumente, o enunciado da súmula é interpretado como regra vinculante, tal como se substituisse os precedentes que lhes deram origem. É, justamente, esta última interpretação que ocasiona os problemas a seguir analisados.

O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984²² (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58²³. Tomando por base a generalização presente no predicado fático da súmula, é constitucional a perda dos dias remidos daquele que tenha cometido falta grave e não se lhe aplica o limite de 30 (trinta) dias. Dessa forma, não se observa nas disposições linguísticas nenhuma exceção ou qualquer demonstração de que alguma outra situação possa ocorrer.

Não obstante o prescrito na súmula, inúmeros juízes e tribunais entenderam que a súmula silenciava quanto à possibilidade de gradação temporal da perda dos dias remidos, atestando, somente, a impossibilidade de fixá-la pelo parâmetro dos 30 dias. Entretanto, contrário a esse entendimento, o STJ, determinando a perda total dos dias remidos, reviu decisão do TJ/SP, que havia decidido que a perda de dias remidos deveria ser fixada pelo juiz, considerando os antecedentes de conduta do apenado e as consequências de seu ato, limitando-a em 15 (quinze) dias. O relator no STJ, Min. Jorge Mussi, afirmou que o STF havia pacificado a questão, salientando que não é aplicável o limite de 30 (trinta) dias, previsto no art. 58 da mencionada lei, ao sumular, com caráter vinculante, a decisão²⁴. Ou seja, o STJ considerou a súmula vinculante como uma regra, no sentido de perda total dos dias remidos.

²² Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. O referido dispositivo legal da LEP foi alterado pela Lei 12.433/2011, que agora regulamenta a matéria da seguinte forma: art. 127 - Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

²³ Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

²⁴ REsp 1.054.670/SP, Quinta Turma, DJe 01/06/2009.

Todavia, o Min. Ayres Britto, em caso semelhante ao acima descrito, indeferiu liminar em Reclamação, sob o fundamento de que a súmula não afastou o direito subjetivo à individualização da pena, nem atentou contra o chamado princípio da proporcionalidade, na avaliação da falta disciplinar eventualmente cometida. A súmula, portanto, não impediu que a decisão de perda dos dias remidos incorporasse um juízo de gradação da falta disciplinar. Logo, a perda dos dias remidos tanto poderá ser total quanto parcial, a depender de cada avaliação formal da falta grave²⁵.

Diante do exposto, é possível concluir que a interpretação da possibilidade de gradação da perda dos dias remidos, adotada pelos tribunais inferiores, não viola a eficácia vinculante da súmula. Ademais, as justificativas que envolveram a sua formulação foram utilizadas (princípio da individualização da pena e proporcionalidade) e não apenas o sentido da regra entrincheirada prescrita de forma canônica na súmula²⁶.

– Casos envolvendo a súmula vinculante nº 12

Também em 2008, o plenário do STF editou a súmula vinculante nº 12, que

²⁵ MC na Rcl 108.20 / RJ, Min. Ayres Britto, DJe 16/02/2011. É interessante observar que o Min. Ayres Britto, durante as discussões que deram origem à súmula, sustentou posição semelhante, no que foi seguido pelo plenário: O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias. (STF, DJe no 172/08, 12/09/08, p. 32).

²⁶ Diante das alterações legislativas e da interpretação do STF sobre a eficácia da súmula, foi proposto Recurso Extraordinário, com repercussão geral, que intenciona decidir a alteração ou revogação da súmula vinculante (Tema em RG nº 477, RE 638.239).

disponha o seguinte: *A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.* Pela generalização escolhida, pode-se concluir que toda e qualquer matrícula cobrada por universidades públicas seria inconstitucional. Todavia, os intérpretes da súmula²⁷ sustentavam que a súmula não incluía, por exemplo, matrículas em cursos de línguas ofertados à comunidade pela universidade, bem como cursos de pós-graduação *lato sensu*.

Quando teve a oportunidade de julgar as referidas questões, o STF parece ter acolhido a tese de que existem algumas exceções à aplicação da súmula, não obstante se tratem de matrículas em universidades públicas. O Min. Gilmar Mendes salientou que os precedentes que motivaram a aprovação da súmula não trataram de qualquer curso realizado pelas universidades públicas, mas apenas dos cursos de ensino superior. Ademais, a exigência da gratuidade do ensino não se mostra incompatível com a cobrança de determinadas exações que sirvam para subsidiar as universidades públicas, em função das dificuldades por que passam essas instituições em razão da insuficiência de recursos²⁸.

Da análise dos casos citados, pode-se inferir que a existência de experiências recalcitrantes, nos casos citados, de sobreinclusão, não fez com que o STF aplicasse a súmula como regra, reconhecendo a possibilidade de otimizar as justificativas da súmula²⁹.

²⁷ No caso em questão, o TRF da 4ª Região.

²⁸ MC na Rcl 8.295/RS, DJe 05/08/09 (matrículas em pós-graduação *lato sensu*). MC na Rcl 8.596/CE, DJe 05/08/09 (matrículas em cursos de línguas).

²⁹ Do mesmo modo que a súmula vinculante nº 9, as discussões plenárias dão importantes indícios sobre a interpretação da súmula: *MENEZES DIREITO – É que estamos fazendo a súmula exatamente sobre o caso específico desse processo, que é a taxa de matrícula. Não entramos em nenhuma outra matéria. GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Só a taxa de matrícula. Não estamos entrando em nenhuma outra matéria* (DJe nº 214/08, 12/11/08, p. 19).

– Casos envolvendo a ADI 1.232/DF

No julgamento da ADI 1.232/DF³⁰, o plenário do STF assentou que era constitucional o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que instituiu requisito objetivo (renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) para concessão do benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família³¹.

Trata-se de um caso complexo e bastante controverso. Nos anos imediatamente subsequentes à decisão dotada de efeito vinculante, o tribunal deferia todas as reclamações e recursos extraordinários que outorgavam o benefício inobservando o critério objetivo legal³², o que poderia levar à conclusão de que o plenário seguiria decisão anterior que considera equivocada, aproximando-se tal interpretação da decisão como uma regra, nos termos preconizados por Schauer.

Todavia, mais recentemente, o STF caminha para a revisão do precedente dotado de efeito vinculante, mas, enquanto não realiza a revogação formalmente, utiliza de outros meios interpretativos para limitar a força normativa do precedente.

Uma delas é manter a decisão reclamada que tenha deferido o benefício com base em fundamento diverso daquele imposto pela lei, em razão da impossibilidade de revolver matéria fática, mais especificamente, as provas que o reclamado utilizou

³⁰ DJ 01/06/01, Nelson Jobim.

³¹ A Lei 12.435/11, no que concerne ao artigo citado, alterou a exigência de 70 para 65 anos, para fins de deferimento do benefício, mas manteve o requisito legal objetivo para a concessão.

³² MC na Rcl 3.918/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 21/11/2005; Rcl 2.323/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 20/05/2005; AgR na MC na Rcl 4.427/RS, Cezar Peluso, DJ 29/06/2007, Pleno; AgR no RE 318.414/SP, Eros Grau, Segunda Turma, DJ 29/09/2006; Rcl 2.323/PR, Eros Grau, DJ 20/05/2005, Pleno. AgR no AI 467.633/SP, Marco Aurelio, Primeira Turma, DJ 03/08/2007; AgR na Rcl 2.303/RS, Ellen Gracie, Pleno, DJ 01/04/2005, e ED no RE 416.729/SC, Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 02/12/2005.

para constatar o estado de miserabilidade do beneficiado³³. Por vezes, o tribunal tem enfatizado que as decisões reclamadas que atribuem interpretação ao dispositivo declarado constitucional em conjunto com legislação previdenciária posterior, que não foi objeto da ADI, não ofendem a decisão paradigma³⁴.

Em importante julgado, a ministra Cármen Lúcia afirmou que o plenário julgou a constitucionalidade do artigo, mas não excluiu a possibilidade de outras interpretações ou critérios possíveis para a concessão do benefício. Afirmou que a constitucionalidade da norma legal não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, que é garantidora da dignidade humana e do direito à saúde, e prestar assistência social a quem necessitar, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família³⁵. Por fim, é importante transcrever as palavras do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema:

“O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da

³³ AgR na Rcl 4.018/SP, DJe 25/08/11, Celso de Mello; Rcl 3.342/AP, DJ 22/03/06, Sepúlveda Pertence e Rcl 4.115/RS, DJ 16/06/06, Ayres Britto.

³⁴ Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006, e AgR no RE 569.065/PR, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 01/10/2010. Nos casos, a legislação posterior citada é, geralmente, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (estatuto do idoso).

³⁵ AgR no AI 470.975/SP, Primeira Turma, DJ 16/03/2007, Rel. Cármen Lúcia. Foi reconhecido ao tema Repercussão Geral, relativo ao direito ao benefício assistencial de prestação continuada, mesmo sem o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (Tema em RG nº 27, RE 567.985/MT).

Constituição (...). A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742³⁶.”

Podemos perceber, portanto, que o precedente não vinculou o STF quanto à sua generalização, quando o tribunal parece ter se dado conta de que julgou equivocadamente a ADI paradigma, possibilitando que o tribunal enfraquecesse a força vinculante de um precedente decidido de forma errônea. E, importante salientar, indeferindo as reclamações que aventaram, desde o início, que a interpretação da Constituição realizada na ADI não teria sido a melhor, abandonando, dessa forma, o sentido de precedente como regra, por apresentar resultados subótimos.

– Casos envolvendo a ADC nº 4/DF

No julgamento da MC na ADC nº 4, foram considerados constitucionais os dispositivos da Lei 9.494/97, que consolidavam limitações à antecipação dos efeitos da tutela contra o poder público, especialmente aquelas relacionadas às vantagens pecuniárias reivindicadas pelo servidor público. No entanto, em casos de direitos previdenciários reconhecidos constitucionalmente e garantidos pela jurisprudência do STF, o tribunal reconheceu que se poderia excepcionar o efeito vinculante da referida medida cautelar. As reclamações e recursos extraordinários julgados pelo tribunal foram tantos que o plenário precisou editar uma súmula para ratificar a exceção das matérias previdenciárias à incidência do efeito vinculante (súmula nº 729³⁷, STF)³⁸.

³⁶ MC na Rcl 4.374/PE, DJ 06/02/07.

³⁷ A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

³⁸ Para uma detida análise dessa questão, Maués e Scaff (2005, p. 53-61).

Não bastasse essa enorme exceção ao efeito vinculante dessa decisão, evitando, portanto, que tais questões fossem abarcadas pelo fenômeno da sobreinclusão, são incontáveis os casos em que o STF decidiu que as decisões reclamadas não haviam afrontado a decisão dotada de efeito vinculante, portanto, compreendendo constitucionais as regras de relevância sustentadas pelo judiciário no controle difuso³⁹.

– *Casos envolvendo a ADI 939/DF*

Existem casos dotados de efeito vinculante que, diferentemente dos casos acima descritos, possuem uma grande força de vinculação, que se espalha, inclusive, para questões e matérias diversas daquelas que ensejaram a produção do precedente.

Como exemplo de tais decisões, pode-se citar o caso da ADI 939/DF⁴⁰, que versava sobre a questão de saber se o constituinte derivado poderia estabelecer limitações ao princípio da anterioridade tributária, fora dos casos excepcionados pela Constituição. Em seu voto, o ministro Sydney Sanches afirmou que as limitações ao poder de tributar deveriam ser interpretadas de acordo com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, tornando incidentes as limitações materiais à reforma constitucional, no sentido de vedar a abolição de direitos fundamentais. Portanto,

³⁹ Rcl 8.074/CE, Marco Aurélio, DJe 13/10/09, e AgR na Rcl 5.983/PI, Cezar Peluso, DJe 05/02/09 (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público); AgR na Rcl 3.483, Cezar Peluso, DJ 28/04/2006, e AgR na Rcl 3.946/DF, 24/08/08, Cezar Peluso (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial); AgR na Rcl 6.468/SE, Cezar Peluso, DJe 05/02/09 (Não ofende a ADC nº 4 decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito). Para mais casos de exclusão de situações do âmbito da cautelar, ver Maués e Scaff (2005, p. 61)

⁴⁰ DJ 17/12/93, Sydney Sanches.

reconhecendo a anterioridade tributária como direito fundamental do cidadão contribuinte.

Após essa decisão, inúmeras outras a citaram como precedente: 1) o caso foi citado para afirmar que o regime de substituição tributária não violava direitos fundamentais do contribuinte⁴¹; 2) foi utilizado para declarar que a exigência do ITR sob a disciplina da MP 399, antes de 1º de janeiro de 1995, violava o princípio constitucional da anterioridade tributária⁴²; e 3) foi importante para sustentar que a redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo sob determinadas condições previstas em lei não pode ser equiparada à majoração do tributo⁴³.

A força do precedente vinculante é tamanha que o mesmo foi citado em decisão que declarou inconstitucional a utilização imediata de nova regra às eleições gerais que se realizariam a menos de sete meses, contados da publicação da EC nº 52/06, colidindo com o disposto no art. 16 da CRFB/88. A ministra Ellen Gracie, citando o precedente ora estudado, assentou que o fundamento da existência da anterioridade eleitoral é o mesmo do tributário: manutenção das regras do jogo em andamento, evitando-se sobressaltos e garantindo a segurança⁴⁴. O precedente foi citado, igualmente, como uma das razões para declaração da inconstitucionalidade da norma da EC nº 58/09, que determinava a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito já ocorrido e encerrado, sob o fundamento da anterioridade eleitoral⁴⁵.

⁴¹ AgR no AI 337.655/RS, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 27/09/2002.

⁴² RE 448.558/PR, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 16/12/2005.

⁴³ MC na ADI 4016/PR, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 23/04/2009.

⁴⁴ ADI 3685/DF, Rel. Ellen Gracie, Pleno, DJ 10/08/2006.

⁴⁵ MC na ADI 4307DF, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 05/03/2010.

3.2. Casos desprovidos de efeito vinculante formal

Após análise dos precedentes dotados formalmente de efeito vinculante, será realizado o mesmo estudo em alguns casos de precedentes que são despidos de tal característica de vinculação formal. O objetivo dessa análise é observar a força de tais precedentes, no intuito de estabelecer comparações com os precedentes vinculantes.

– Casos envolvendo a ADPF 45/DF

Um dos casos mais emblemáticos que se pode citar sobre precedentes não vinculantes que possuem uma relevante força é o da decisão monocrática na ADPF 45/DF⁴⁶, que foi julgada prejudicada, por conta de perda do objeto⁴⁷.

O ministro Celso de Mello delineou importantes considerações sobre o papel do Estado e do judiciário na implementação de políticas públicas, destacando a necessidade de o judiciário agir no controle de políticas públicas quando houvesse omissão injustificada do poder público competente, além de ressaltar que a chamada “reserva do possível” apenas seria possível ser arguida no caso de demonstrada impossibilidade do Estado em prestar o serviço requerido, sendo, portanto, um ônus do poder público.

Por não ter julgado o mérito da ação, a ADPF não produziu efeitos vinculantes, mas o precedente vem sendo utilizado de maneira corrente no STF, nas mais diversas áreas, para reforçar a obrigação do Estado em desenvolver políticas públicas efetivas.

⁴⁶ MC na ADPF 45, Celso de Mello, DJ 04/05/04.

⁴⁷ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada pela Constituição de 1988 e regulamentada, anos mais tarde, pela Lei 9.882/99, que dispõe, no § 3º do art. 10, que o julgamento da ADPF terá efeito vinculante. Ora, se a lei fala em julgamento, está se referindo às decisões que analisam o mérito da ação. Portanto, o efeito vinculante apenas é aplicável quando o mérito da ação for julgado e em decisão colegiada e não monocrática, como foi o caso da ADPF 45. Não bastasse o anteriormente exposto, a ação perdeu o objeto.

Um dos principais temas desenvolvidos por meio do precedente foi o do direito fundamental à educação, mais especificamente do direito ao ensino infantil e fundamental⁴⁸.

A perda do objeto da ADPF 45/DF, o que tornaria impossível considerá-la como um precedente, é uma das mais recorrentes impugnações da parte requerida em ações que versam sobre políticas públicas e cujo fundamento principal para a demanda é o precedente em análise. Entretanto, o STF, nessas ocasiões⁴⁹, rejeitou o argumento, sob o fundamento de que o plenário do tribunal reconheceu a dimensão política do direito à saúde na ADPF 45, e, ainda que tenha perdido seu objeto, os “fundamentos sobre os quais se assentou a decisão monocrática do Min. Celso de Mello permanecem incólumes, lastreando inúmeras outras decisões desta corte de molde a conformar o pensamento do STF quanto ao tema”⁵⁰.

É importante notar que o precedente se tornou importante, mais do que por conta das generalizações que foram extraídas, mas em função de suas justificativas, que possibilitam ao Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas já definidas pela Constituição, sua implementação, sempre que os órgãos estatais competentes sejam omissos e comprometam a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais constitucionais. Portanto, foram a fundamentação e a justificação da ADPF que permitiram sua utilização como precedente vinculante para

⁴⁸ AgR no ARE 639.337/SP, Segunda Turma, DJe 15/09/2011, e AgR no RE 410.715/SP, Segunda Turma, DJ 03/02/06, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello; RE 655.203/MA, Rel. Ayres Britto, DJe 14/12/2011; RE 595.129/SC, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 30/09/2011; AI 658.491/GO, Rel. Dias Toffoli, DJe 05/09/2011; RE 574.481/SC, Rel. Ayres Britto, DJe 02/08/2010.

⁴⁹ AgR no AI 734.487/PR, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20/08/2010. AgR no RE 367.432/PR, Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/05/2010 e AgR no RE 603.575/SC, Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14/05/2010.

⁵⁰ AgR no RE 559.646/PR, Rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24/06/2011.

casos que envolviam o direito à saúde e o direito à educação, por exemplo.

– *Casos envolvendo o RE 179.500/RS*

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se garantir a realização de avaliação de capacidade física em data diversa da fixada em edital para candidatos em concursos públicos, em razão de fatos alheios à vontade do candidato, com base no princípio da igualdade e dos princípios constitucionais que regem a administração pública⁵¹.

Desde seu julgado, o precedente vem sendo citado como fundamento para diversas situações em que o candidato não pode realizar, em par de igualdade com os demais, os testes e exames físicos previstos no edital do concurso⁵². No acórdão paradigma, por exemplo, a candidata sofria de hemorragia na data dos testes fixados no edital. Todavia, o STF reconheceu o mesmo direito para quem sofreu acidentes automobilísticos⁵³, de cálculo renal⁵⁴ e para candidatas que estavam em período próximo ou posterior ao trabalho de parto⁵⁵.

Mesmo que não tenha efeito vinculante, o predicado fático escolhido para generalização⁵⁶ da regra do precedente não se com-

porta como entrincheirado, na medida em que funciona ou possui a mesma natureza da justificativa da decisão (o que retira, para Schauer, o caráter de regra), permitindo ao STF aplicá-lo em seus fundamentos para casos análogos. Dito em outras palavras, o princípio da igualdade nos concursos é a justificativa que permite ao tribunal realizar as analogias para considerar se a situação se enquadra nas circunstâncias alheias à vontade do candidato, ou seja, o STF busca a otimização de seu julgado caso a caso.

– *Casos envolvendo o HC 68.742/DF*⁵⁷

Da mesma forma que os grandes e importantes precedentes analisados que envolvem direitos fundamentais, este reconheceu relevante garantia na seara criminal: o princípio da não produção de provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. No acórdão paradigma, exarado em *Habeas Corpus*, o acusado se manifestou pela negativa do crime no inquérito e, em razões recursais, alegou arrependimento posterior, o que foi considerado pela autoridade coatora como suficiente para aplicar a pena acima do limite legal. Os ministros consideraram que o acusado estava exercendo um direito que age como limitador dos poderes persecutores penais do Estado, impedindo que a manifestação contraditória seja considerada como uma circunstância para fixação da pena além do mínimo legal.

O precedente foi citado como fundamento para outros casos, como por exemplo: 1) impossibilitando que o silêncio fosse interpretado em desfavor do réu⁵⁸; 2) para garantir direito ao silêncio em CPI, para que o paciente não fosse preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder à pergunta que pudesse incriminá-lo⁵⁹; 3) para

⁵¹ RE 179.500/RS, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 15/10/1999.

⁵² AgR no RE 412.435/DF, Rel. Cezar Peluso, DJ 06/11/2006. Decisões monocráticas: MS 29.935/PI, Rel. Cármen Lúcia, DJe 24/11/2010; RE 376.607/DF, Rel. Eros Grau, DJ 08/08/2005; RE 254.135/MA, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 14/02/2006 e AI 628.273/RJ, Rel. Eros Grau, DJ 27/02/2007.

⁵³ AgR no AI 825.545/ PE, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 13/04/2011, Primeira Turma e MS 29.433/DF, Rel. Cármen Lúcia, DJe 02/12/2011; AgR no RE 584.444/DF, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 26/03/2010.

⁵⁴ MS 29.918/DF, Rel. Marco Aurélio, DJe 26/11/2010.

⁵⁵ AgR no RE 577.309/DF, Rel. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 04/03/2011; AgR no RE 598.759/AL, Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 27/11/2009; AgR no RE 497.350/CE, Rel. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 01/07/2009.

⁵⁶ *Candidato em concurso público que não pode realizar atividades físicas, em par de igualdade aos demais,*

na data fixada no edital em razão de circunstancia alheia a sua vontade.

⁵⁷ DJ 02/04/93, Rel. Ilmar Galvão, Pleno.

⁵⁸ HC 75.616/SP, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 14/11/1997.

⁵⁹ HC 79.589 DF, Rel. Octavio Gallotti, Pleno, DJ 06/10/2000; HC 79.812/SP, Rel. Celso De Mello,

possibilitar que advogados participassem dos interrogatórios de maneira ativa, exercendo contraditório e ampla defesa⁶⁰; e 4) para assentar que o indiciado não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio⁶¹.

Essas hipóteses evidenciam uma forte vinculação do precedente oriundo do HC 68.742/DF aos casos subsequentes, sem que seja o julgado formalmente vinculante de acordo com a ordem jurídica posta.

4. Conclusões

Após a análise acerca da interpretação que o STF realiza sobre a força dos próprios precedentes vinculantes, algumas conclusões podem ser elencadas:

1) As súmulas vinculantes são formuladas com base em uma linha de precedentes do STF⁶², mas, em função da formulação canônica de seus enunciados, redigidos de forma semelhante a regras positivadas, muitos autores e tribunais tendem a igualar a força vinculante da súmula vinculante com a da lei. Entretanto, da análise do caso das súmulas vinculantes de nºs 9 e 12, pode-se concluir que o STF considerou, ainda na sessão administrativa, hipóteses que permitiriam várias situações de afastamento das súmulas diante de possíveis experiências recalcitrantes, demonstrando que a importância da formulação canônica não superou ou impossibilitou a utilização dos fundamentos ou justificativas ventiladas nas sessões administrativas que definiram a redação das súmulas, ou mesmo das justificativas que possam ser importantes para

a interpretação da súmula. Dito em outras palavras, mesmo quando as hipóteses de experiências recalcitrantes surgiram nas discussões dos ministros, foram selecionadas generalizações que, aparentemente, não se sustentavam em contraste com as justificativas da súmula vinculante, fato que não impossibilitou que as discussões em sessão administrativa fossem consideradas importantes na interpretação da súmula, o que demonstra que a força de vinculação da súmula vinculante não pode ser compreendida sem que sejam cotejadas suas justificativas com sua redação canônica. Ademais, cabe observar que há razões ou justificativas que podem ser utilizadas, mesmo quando não são extraídas dos precedentes, como no caso das considerações construídas pelos ministros nas sessões administrativas de aprovação e redação das súmulas;

2) Na ADI 1.232/DF, o STF, inicialmente, considerou a aplicação do precedente à semelhança do modelo de regras de Schauer, mas, posteriormente, pelo fato de alguns ministros considerarem a decisão paradigma equivocada, o tribunal voltou atrás e começou a adotar uma posição diferente, no sentido de não mais considerar a aplicação do precedente como regra, pois passou a tomar como relevante o surgimento de experiências recalcitrantes. Com efeito, mesmo diante da força normativa vinculante formal do precedente, o próprio STF, em sede de reclamação, acolheu o que os juízes e tribunais inferiores haviam interpretado acerca do mesmo dispositivo constitucional, ao julgar improcedentes as reclamações que consideraram insuficiente a interpretação feita pelo STF, no que concerne ao requisito objetivo para aferir o grau de miserabilidade do requerente do benefício previdenciário, o que demonstra que a força vinculante não impede que os demais órgãos do judiciário reinterpretem o mesmo dispositivo legal declarado constitucional pelo STF.

Há de se perceber, ainda, que, nesse caso específico, o STF está a caminho da revogação do precedente (*overruling*);

Pleno, DJ 16/02/2001.

⁶⁰ HC 94.016/SP, Rel Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 26/02/09, e HC 99.289/RS, Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 03/08/2011.

⁶¹ HC 77.135/SP, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 06/11/1998.

⁶² O que pode não ocorrer quando RE for julgado em Repercussão Geral e der origem a uma súmula, como o STF, por vezes, realiza.

3) O caso da ADC nº 4/DF demonstra, de maneira exemplar, que o modelo de regras não se revela adequado para explicar o fenômeno da vinculação formal do precedente brasileiro, pois, logo após sua edição, o STF se viu forçado a adotar exceções e a reconhecer afastamentos ao citado precedente. Ademais, o STF, usualmente, quando afasta o referido precedente, leva em consideração os fundamentos da decisão, contrariando, de pronto, o modelo de regras de Schauer, que desconsidera o afastamento de precedentes com fundamento nas suas justificativas;

4) A ausência de uma disposição legal ou constitucional formal atribuindo força vinculante a uma determinada decisão não é um indício suficiente para concluir que a mesma exercerá uma vinculação mais fraca do que uma decisão dotada de efeito vinculante, como se pode observar no caso da ADPF 45/DF, do RE 179.500/RS e do HC 68.742/DF;

5) O modelo de regras poderia ter sido utilizado, por exemplo, para explicar o grau de vinculação de precedentes que não são dotados de efeito vinculante. O STF poderia ter generalizado, no caso do RE 179.500/RS, a hipótese de candidatos que sofriam de hemorragia na data dos testes fixados no edital, desconsiderando as demais possibilidades, ainda que tivessem relação com a proteção dos direitos fundamentais. Caso isso tivesse ocorrido, seria um caso de forte grau de vinculação, ainda que desprovido de vinculação constitucional formal. Todavia, a descaracterização do modelo de regras ocorreu quando o STF buscou a justificativa do precedente para aplicá-lo em outras hipóteses, tais como: acidentes automobilísticos, cálculo renal e para candidatas que estavam em período próximo ou posterior ao trabalho de parto, evidenciando a aplicação analógica de outras hipóteses não ventiladas no precedente paradigma em proteção aos direitos fundamentais. Essa situação não seria aceita na teoria de Schauer por se

tratar de experiências recalcitrantes e abrir a possibilidade para outras questões, como seria, por exemplo, o caso de se indagar se o atraso decorrente de um pneu furado estaria abrangido pela generalização ventilada no referido precedente, uma vez que as hipóteses subsequentes não integravam o precedente. Todavia, tendo em vista os casos subsequentes julgados com base no paradigma, esta última hipótese parece não estar abarcada pelo precedente, uma vez que não envolve questões relacionadas a direitos fundamentais (integridade física, direitos da gestante etc.);

6) Em alguns casos, é impossível diferenciar o grau de vinculação de um precedente vinculante de outro desprovido de sobredito efeito, como nos casos da ADI 939/DF (formalmente vinculante) e da ADPF 45 (não vinculante formalmente), por exemplo;

7) Seguindo com o exemplo das duas decisões acima, conclui-se que os precedentes que possuem grande força vinculatória tendem a espriar sua força normativa para regulamentar outras áreas ou institutos jurídicos. A ADI 939/DF, por exemplo, foi utilizada para declarar a constitucionalidade do regime de substituição tributária e, até mesmo, para justificar o postulado da anterioridade na seara eleitoral. A ADPF 45/DF, por sua vez, tem ampla vinculação aos casos de intervenção judicial em política pública na área de saúde e educação. O mesmo raciocínio vale para as decisões no RE 179.500/RS e no HC 68.742/DF;

8) Hipoteticamente, partindo de uma classificação formal e semântica sobre quais decisões analisadas seriam, ou não, formalmente vinculantes, pode-se constatar que seria considerado como vinculante o grupo formado pelas seguintes decisões: a) ADI 1.232/DF; ADC 4/DF; ADI 939/DF e as súmulas vinculantes de nºs 9 e 12. Por outro lado, as decisões não formalmente vinculantes formariam o seguinte grupo: b) RE 179.500/RS; HC 68.742/DF e ADPF 45/DF. Com efeito, utilizando a imagem de

uma linha reta que representasse, de maneira decrescente, a força dos precedentes (incluídos os que não são vinculantes), demonstrar-se-ia graficamente, por exemplo, que em uma das pontas da reta estariam os precedentes vinculantes *a* e, exatamente no outro extremo (e no mesmo ponto), estaria o grupo dos precedentes não vinculantes *b*. Todavia, tal construção gráfica não daria conta de demonstrar e retratar a variedade da força dos precedentes analisados.

Entretanto, utilizando a imagem de um *continuum* para aferir o grau de vinculação dos precedentes analisados, percebe-se que a força de vinculação dos precedentes independe da classificação em grupos dentro de uma linha reta, visto que a ADC 4/DF e a ADI 1.232DF, por exemplo, apesar de formalmente vinculantes, possuem uma força vinculante considerada fraca ou média nesse *continuum*. Por seu turno, a ADPF 45/DF e o HC 68.742/DF, desprovidos de vinculação formal, apresentam um forte grau de vinculação, do mesmo modo que a ADI 939/DF. A análise por meio de um *continuum* parece ser mais adequada para estudar a força vinculante dos precedentes, demonstrando que a compreensão dos precedentes em grupos estanques (vinculantes e não vinculantes) com base nas disposições legais ou constitucionais que imponham a vinculação formal é deficitária e inapta para, tanto do ponto de vista normativo como descritivo, explicar o grau de vinculação de um precedente no direito brasileiro;

9) Os direitos fundamentais desempenham papel determinante no grau de vinculação de um precedente. Dessa forma, os precedentes, independentemente de exercerem ou não vinculação formal, que reconheceram (ADI 939/DF), estenderam (RE 179.500/RS) ou criaram (HC 68.742/DF) direitos fundamentais possuem uma força vinculante muito maior do que aqueles que limitaram ou reduziram o campo de aplicação de direitos fundamentais (ADI 1.232DF e ADC 4/DF). Portanto, as experiências recalcitrantes, quando surgem,

não são desconsideradas pelo STF e as justificativas para a adoção do precedente são sempre utilizadas, para que a decisão seja considerada a mais correta, do ponto de vista da interpretação da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais (ADI 1.232/DF);

10) Os argumentos em defesa da adoção de um modelo de regras (eficiência, confiança, aversão ao risco, estabilidade), representado pelo precedente vinculante formal, não são suficientes para explicar o modo como o STF os interpreta, na medida em que o valor da estabilidade em si mesma não é um obstáculo para que o Tribunal continue a reinterpretar decisões vinculantes (ADI 1.232/DF) ou reconheça direitos (ADI 939/DF). O argumento da aversão ao risco é, também, afastado quando observamos o tribunal utilizar justificativas e fundamentos para interpretar os precedentes vinculantes (súmula vinculante nº 9), uma vez que lança mão de fatores que extrapolam o enunciado original da regra formulada.

Assim, se o precedente vinculante formal fosse interpretado como regra, o STF não indeferiria reclamações que o interpretam de acordo com suas justificativas (súmulas vinculantes de nºs 9 e 12), demonstrando que a existência do efeito vinculante não pode ser explicada como forma de retirar a competência interpretativa dos demais órgãos do Poder Judiciário, ainda que estejam a ele subordinado, demonstrando que a fundamentação e a justificativa do sobredito efeito não parecem residir no monopólio do poder decisório sobre a constitucionalidade das leis ou da interpretação constitucional nas mãos do STF (ADI 1.232DF e ADC 4/DF).

11) Por fim, é notório que não é possível interpretar os precedentes vinculantes como regras, o que demonstra a insuficiência da teoria de Schauer (e, conseqüentemente, de qualquer teoria do direito que compreenda a vinculação formal do precedente de forma absoluta e como regra) em descrever a

prática do precedente vinculante brasileiro. Por outro lado, verifica-se que foi acertada a constatação feita por Neil MacCormick e Robert Summers de que a força dos precedentes não seria traduzida por meio de uma dicotomia forte entre precedentes formalmente (vinculação absoluta) e não formalmente (ausência de vinculação) vinculantes, mas seria melhor traduzida por um *continuum*, que evidencia, como inúmeros fatores (correção da interpretação constituição, alcance de suas justificativas, proteção aos direitos fundamentais etc.) influenciam a variação da força do grau de vinculação do precedente.

Referências

- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). Further general reflections and conclusions. In: _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. In: _____. MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, n. 03, p. 571-605, Feb. 1987.
- _____. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- _____. Has precedent ever really mattered in the supreme court? *Georgia State University Law Review*, Atlanta, v. 24, n. 02, p. 381-387, 2007.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.