

A DECISÃO SEM PRECEDENTE: uma passagem válida para apenas uma viagem

Ravi Peixoto¹

Resumo: O artigo tem como objetivo investigar técnica decisória que consiste na possibilidade de as Cortes, ao decidirem, terem o poder de, apesar de estarem preenchidos todos os requisitos para formação de precedente obrigatório, impedirem que haja essa eficácia. Trata-se de técnica inserta no contexto de autocontenção do Poder Judiciário, havendo a sua análise no contexto das demais técnicas, bem como das hipóteses em que ela pode ser utilizada.

Abstract: The essay aims to investigate a decision-making technique that consists of the possibility that the Courts, when deciding, have the power to, despite having fulfilled all the requirements for the formation of mandatory precedent, prevent this effect. It is a technique inserted in the context of self-restraint of the Judiciary, having its analysis in the context of the other techniques, as well as the hypotheses in which it can be used.

Palavras-Chave: *Stare decisis*. Técnicas decisórias. Desacordos morais razoáveis. Precedentes em tempos de crises.

Keywords: *Stare decisis*. Decision techniques. Reasonable moral disagreements. Precedent in times of crisis.

Sumário: 1. Introdução; 2. A prática jurisprudencial; 3. Vantagens e desvantagens da técnica; 4. A decisão não vinculante no quadro das não decisões; 5. Hipóteses de cabimento; 5.1. Desacordos interpretativos profundos ou desacordos morais razoáveis; 5.2. Mudanças na composição da Corte; 5.3. Precedentes em tempos de crise e a decisão sem precedente; 6. Conclusões; Referências Bibliográficas.

¹ Doutor em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Procurador do Município do Recife. Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Advogado. Membro da ANNEP, do CEAPRO e do IBDP. E-mail: ravipeixoto@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6400512449389045>

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, houve a opção de estabelecer um sistema de precedentes por meio da legislação. Por mais que já houvesse alguma cultura de precedentes, eram raras as previsões de vinculação da *ratio decidendi*, o que foi alterado pelo CPC de 2015.² Há, contudo, muitos debates, desde a inconstitucionalidade do art. 927 do CPC até os limites da obrigatoriedade do rol do mesmo texto normativo. Parte-se de um pressuposto bastante simples: as decisões do rol do art. 927 do CPC são obrigatórias.

No entanto, não basta, na teoria dos precedentes, bem como por indicativos da própria legislação, que a decisão esteja no rol do art. 927 do CPC para que seja vinculante. Há algumas condicionantes para que a qualidade de obrigatoria lhe seja adicionada.

Não basta que haja decisão. O mínimo exigido para que haja precedente é uma *ratio decidendi* utilizada pela maioria dos membros julgadores.³⁻⁴ Também é possível exigir que tenha sido respeitado o contraditório efetivo, o qual tem por conteúdo tanto a imposição de que a decisão seja adequadamente justificada, respeitando as exigências do art. 489, §1º, do CPC, quanto a vedação às decisões surpresa (art. 10, CPC). Indiretamente, essa conclusão é acolhida pela recomendação CNJ n. 134, que exclui efeito vinculante se “o tribunal que julgar a questão, no precedente firmado, não

² Nesse sentido é a manifestação do Ministro Teori Zavascki, ainda antes do CPC/2015, quando afirmou que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva. Demonstrou que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da “civil law”, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do “stare decisis”, própria do sistema da “common law”. Sublinhou a existência de diversas previsões normativas que, ao longo do tempo, confeririam eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento”. (STF, Tribunal Pleno, **Rcl 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739). Para uma evolução história dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império**. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

³ Também nesse sentido o E. 317 do FPPC: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

⁴ Sobre os desafios para extração da *ratio decidendi* em decisões plurais: MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

houver enfrentado e se pronunciado sobre fundamento existente no caso concreto futuro” (art. 41). Por fim, exige-se, ao menos, a publicação do inteiro teor da decisão tida como precedente, preferencialmente na internet (art. 927, §5º, CPC), no endereço eletrônico do tribunal.

Preenchidos todos esses pressupostos, a decisão terá (deveria ter) eficácia obrigatória.

Nos EUA, que também serão utilizados como parâmetro, tem-se tradicionalmente a adoção do *stare decisis*. As decisões proferidas pela Suprema Corte possuem eficácia obrigatória. Pode-se até discutir o grau de vinculatividade ou os requisitos, mas é inegável que, havendo uma ratio decidendi compartilhada pela maioria dos ministros, ela será obrigatória.

Ao menos em tese.

Isso porque tem surgido na própria jurisprudência (Brasil e EUA) e na doutrina a discussão sobre o poder das Cortes superiores de, ao decidirem, em situação que supostamente teria eficácia obrigatória, possam simplesmente dizer: hoje não. Em outros termos, que o precedente deveria ser vinculante, mas não o será.

Trata-se de uma técnica que foge à lógica natural das coisas. O próprio tribunal teria o poder de decidir se a sua decisão tem ou não eficácia obrigatória.

O fundamento primordial para a prolação de uma decisão desse tipo seria a consciência, por parte da Corte, de que as circunstâncias do caso impedem que seja obtida uma decisão definitiva, vista como aquela capaz de orientar a sociedade e regular os casos futuros.⁵ Trata-se de técnica que, embora já tenha sido utilizada por Cortes superiores, ainda não foi devidamente analisada pela doutrina, de forma a identificar se e quando seria legítima sua utilização.

O objetivo desse texto é o de investigar essa nova técnica decisória, partindo de exemplos concretos para perquirir sobre a sua admissibilidade e eventuais requisitos.

2. A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL

A discussão do tema surgiu da prática jurisprudencial. Os problemas apareceram e foram solucionados pelos tribunais, cabendo à doutrina

⁵ SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 4, 1996, p. 8; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 328.

refletir sobre o surgimento dessa nova técnica decisória. Esse texto partirá dos exemplos para, posteriormente, problematizar a questão, verificando se há fundamentos para a técnica e em que casos ela poderia ser utilizada.

Um conhecido caso no Brasil ocorreu no RE 240.785.⁶ Naquela ocasião, o STF iniciou o julgamento da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS em 1999 e apenas o concluiu em 2014. Além disso, durante esse período, mais especificamente próximo ao fim do julgamento, já havia sido admitido, com repercussão geral, o RE 574.706 com o mesmo objeto. Dadas essas peculiaridades, o Ministro Gilmar Mendes propôs o seguinte:

anteciparia a minha posição no sentido de que nós nos limitemos a julgar este Recurso Extraordinário sem lhe atribuir caráter de repercussão geral – ao contrário do manifestado pelo Ministro Celso -, porque, de fato, a composição mudou; três Ministros que participaram do julgamento não mais estão, e hoje nós temos um RE com quatro Ministros. E nós temos agora um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida além da ação declaratória de constitucionalidade proposta.

Chegou a existir certa discussão sobre a continuidade ou não do julgamento, prevalecendo a noção de que a parte recorreu tempestivamente, tendo buscado proteção do seu direito. Assim, o julgamento teria de ser encerrado, inexistindo motivos para a negativa de jurisdição. No entanto, a ele não foi concedida a eficácia de precedente obrigatório.

Essa tomada de posição do STF foi muito relevante. Isso porque, quando da análise do RE 574.706,⁷ em relação à modulação de efeitos, um dos fundamentos para que ela fosse realizada foi o fato de que não haveria, na Corte, precedente obrigatório sobre o tema. O STF, há muito tempo, recusava-se a reconhecer a natureza constitucional do tema, tanto, que o STJ chegou a afetar recurso repetitivo sobre o tema (Resp. 1.144.469). Portanto, quando o STF firmou posicionamento de que o ICMS não poderia fazer parte da base de cálculo do PIS e do COFINS, seria a primeira decisão obrigatória sobre o tema, que significava uma superação surpreendente do entendimento do STJ.⁸

⁶ STF, Tribunal Pleno, RE 240.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/10/2014, DJe 16/12/2014.

⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 574706 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/05/2021, DJe 12/08/2021.

⁸ Sobre essa decisão, cf.: PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. *Revista dos Tribunais*, v. 1034, 2021.

Postura semelhante também pode ser observada na Suprema Corte dos EUA. O caso mais conhecido ocorreu na decisão *Bush v. Gore*,⁹ na qual estava em disputa a possibilidade de recontagem dos votos, prevalecendo a posição majoritária pela sua impossibilidade, assim, reformando decisão da Suprema Corte da Flórida.

Não é relevante entender os meandros fáticos do caso, mas trata-se de uma decisão que definiu o resultado das eleições presidenciais norte-americanas. *Bush* inicialmente havia vencido na Florida por menos de 600 votos; após uma recontagem essa vantagem caiu para 327 e haveria, por decisão da Suprema Corte da Flórida, uma recontagem manual. E, então, ela foi cancelada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

E, ao decidir, afirmou-se que:

O processo de recontagem, em suas características aqui descritas, é inconsistente com os procedimentos mínimos necessários para a proteção do direito fundamental de cada eleitor na instância especial de uma recontagem estadual sob a autoridade de um único oficial estatal. Nossas considerações são limitadas às presentes circunstâncias, pois o problema da igualdade de proteção nos processos eleitorais geralmente apresenta muitas complexidades.¹⁰

Em outros termos, a Suprema Corte afirmou que a decisão não era precedente. E o fundamento seria o de que haveria um excesso de particularidades no caso. Embora seja uma das decisões mais importantes da história da Suprema Corte, o próprio tribunal deixou claro que o precedente não era para ser tido como precedente.

Esse comando efetivamente foi seguido. Consoante anota a doutrina, as cortes inferiores realmente não têm citado *Bush v. Gore* em decisões posteriores.¹¹ A situação é vista como tão incomum que se aponta que “não há precedente para uma decisão da Suprema Corte que vem com um aviso em destaque: NÃO

⁹ BUSH et al. v. GORE et al. 531 U.S. 98 (2000).

¹⁰ Tradução livre de: The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. Our consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities. (*Bush v. Gore*, 531 U.S. 110).

¹¹ BRODIN, Mark S. *Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever*. Nevada Law Journal, v. 12, 2012, p. 567, nota 34.

DEVE SER USADA COMO PRECEDENTE”.¹² Outra linguagem utilizada foi a de que ela seria uma passagem válida para apenas um dia, impondo o resultado apenas para uma situação e não para outros casos semelhantes.¹³

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TÉCNICA

A técnica, embora já utilizada pelas Cortes, ainda não passou por uma depuração doutrinária. Afinal, nem toda técnica utilizada pelo Poder Judiciário é legítima, cabendo à doutrina realizar essa reflexão.

Um risco inicial é o de deixar que temas importantes acabem sem uma resposta definitiva, apesar da existência de uma decisão da Corte Suprema. Se um dos objetivos da existência de Cortes de vértice é o de unificar o direito, seria até contraditório que as suas decisões – mesmo que detentoras de todos os pressupostos para formação do precedente – não sejam obrigatórias para o restante do Poder Judiciário.

Outro problema que pode ocorrer a partir da admissão da prolação de decisões em casos relevantes sem que haja a formação de precedentes é o de retirar as possíveis consequências adversas desse tipo de decisão. É que uma decisão judicial só pode ser criticada pelos efeitos que terá em casos futuros e com base na sua fundamentação. A decisão da Corte suprema que é supostamente irrelevante foge justamente dessas críticas.¹⁴

Decisões proferidas em casos que deveriam se tornar precedentes, mas que não os geram, acabam permitindo aos juízes decidirem de acordo com suas preferências pessoais. Afinal, não haverá – em princípio – nenhuma consequência futura de suas decisões. A crítica, para essas decisões, só pode ser dirigida à ausência de eficácia obrigatória, afinal, a própria Corte afirma que suas razões devem ser desconsideradas. E, dessa forma, uma vez que os juízes também são humanos, a tendência é a de utilização desse poder cada vez mais.¹⁵

¹² “there is no precedent for a decision of the Supreme Court that comes with the warning label “NOT TO BE USED AS A PRECEDENT” (BRODIN, Mark S. *Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever...* cit., p. 567).

¹³ “It is, as some have described it, a ticket valid on one day only. And, as such, it imposes a result for that day and for no other”. CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle*. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). *Bush v. Gore: the question of legitimacy*. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p. 72.

¹⁴ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 77.

¹⁵ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 78.

Concorda-se, em parte, com esse argumento. De fato, em tese, ela não teria efeitos de precedentes, mas poderia ser criticada pelos seus fundamentos de mérito, gerando fortalecimento ou eventual abandono da posição adotada no caso específico.

Em termos gerais, os principais problemas da técnica envolvem o seu uso excessivo. E, assim o fazendo, pode ocorrer uma desvalorização das decisões da Corte. Quando determinado tema relevante chega ao tribunal, é natural que a sociedade se prepare para a prolação de uma decisão obrigatória. A partir do momento em que a produção de um precedente obrigatório passe a ser apenas eventual, a sociedade pode deixar de dar tanta importância às decisões da Corte. É inegável, tal como se verifica no Brasil, que não basta a previsão da obrigatoriedade dos precedentes para que eles se tornem efetivamente vinculantes.

Há também um problema em relação a algo sobre o qual a Corte não tem controle. Uma vez proferida decisão em caso relevante, a própria Corte e outros tribunais acabarão sendo confrontados com a eventual ratio decidendi formada na decisão anterior.¹⁶ Será possível simplesmente ignorá-la? Os tribunais e juízes que poderiam estar vinculados provavelmente serão influenciados pela decisão da Corte. É difícil de prever quão persuasiva pode ser uma decisão que supostamente não deveria valer como precedente.

Dentro desse contexto, pode até ser uma vantagem. Na medida em que a Corte decide sem ter eficácia vinculante, ela poderia participar da interpretação do tema polêmico sem fechar as portas para outras percepções. Quando há prolação da decisão vinculante, por mais que não haja fechamento total do diálogo¹⁷, ele se torna mais truncado. Com a decisão não vinculante, o raciocínio da Corte torna-se mais um dentre aqueles que participam do processo interpretativo.

Por outro lado, ela também pode ser importante em situações críticas, o que talvez seja seu grande desafio. Como se verá nos próximos itens, podem existir momentos excepcionais em que a Corte precise enfrentar

¹⁶ Com essa reflexão: FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). *Bush v. Gore: the question of legitimacy*. New Hale & London: Yale University Press, 2002, p. 89.

¹⁷ É possível ao legislativo alterar a decisão do Poder Judiciário, com alguns condicionantes no direito brasileiro: cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017; PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. *Civil Procedure Review*, v. 9, 2018, disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista>, acesso no dia 29/09/2022.

uma situação intolerável e a decisão com validade apenas para o caso seja a melhor opção.¹⁸ O precedente gera um óbvio compromisso para a Corte de, salvo a existência de fortes justificativas, manter aquele entendimento.¹⁹ Uma primeira decisão sobre um tema muito delicado pode ser necessária em um momento no qual a sociedade não esteja pronta para uma resposta definitiva.

No Brasil, STJ e STF, diferentemente de outras Cortes estrangeiras, não possuem um total domínio das matérias que pretendem analisar. Muitas são as ações de competência originária, em especial o controle de constitucionalidade no STF, recursos ordinários, habeas corpus e outros procedimentos que podem levar a essas Cortes temas mais diversos possíveis. E com tempos decisórios também diversos, por vezes, exíguos o bastante para impedir a devida reflexão sobre o tema.

4. A DECISÃO NÃO VINCULANTE NO QUADRO DAS DECISÕES

A decisão sem efeito obrigatório não é uma técnica isolada, mas que faz parte de um conjunto maior de instrumentos que são utilizados pelas Cortes para não decidir ou para decidir o mínimo possível. Luiz Guilherme Marinoni trabalha com diversas dessas técnicas, tais como suspensão do julgamento com anúncio de retomada, decisão de constitucionalidade com reserva, com deferência, que pode ser cumulada com recomendação, entre outras.²⁰

A premissa básica é a de que, em certos momentos, é importante não decidir ou decidir o mínimo possível. Como será aprofundado no item seguinte, por vezes o tema não está maduro o suficiente para que seja dada uma resposta definitiva. No contexto da decisão não obrigatória, há duas outras técnicas que seriam detentoras de maior conexão: a recusa de análise do tema e o minimalismo judicial.

A recusa de análise do tema, ao menos de forma expressa, só ocorre se a Corte tem o poder de simplesmente recusar a análise do recurso/processo. Isso acontece quando o remédio jurídico processual depende de

¹⁸ CALABRESI, Guido. In *Partial (but not Partisan) Praise of Principle...* cit., p. 79.

¹⁹ Para uma análise do tema da superação do precedente, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 309-330.

uma análise discricionária da Corte sobre sua relevância, como ocorre no recurso extraordinário, com a repercussão geral e, mais recentemente, no recurso especial, com a relevância da questão federal.

Para Marinoni, por exemplo, não haveria transcendência da questão se ela ainda precisasse de debate fora do ambiente do Poder Judiciário, pela ausência de discussão popular amadurecida ou deliberação parlamentar prévia. Nesse contexto, ainda seria possível à Corte, percebendo a complexidade do tema após o conhecimento do recurso, suspender o processo, em especial nas situações em que esteja na iminência da ocorrência de uma solução parlamentar.²¹

A outra técnica seria a do minimalismo judicial.²² A ideia do minimalismo judicial é a de que as decisões abordem apenas o mínimo necessário para que a pretensão seja enfrentada. Tem-se o foco apenas nos fatos e nas questões específicas trazidas pelo caso concreto.²³ Como vários temas são extremamente polêmicos, quanto menos abrangente for a decisão, melhor, para permitir que a sociedade possa avançar com maior liberdade nas discussões das questões.²⁴

E o que sobra para a decisão sem efeito vinculante?

Inicialmente, nem todas as Cortes possuem o poder de escolher os casos. Mesmo STF e STJ, para além do recurso extraordinário e o recurso especial, possuem inúmeras competências originárias e recursal ordinária. Não adianta o STF recusar a admissão de um recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral para permitir evolução do debate, mas ser confrontado com uma ação do controle concentrado ou um recurso ordinário com o mesmo tema. De fato, ele pode, em tese, não decidir, jamais pautando o tema, mas esse não é um poder ilimitado.

Pode também já ter ocorrido a admissão do recurso extraordinário ou especial, mas, só então, ser perceptível que as circunstâncias do caso concreto não permitem a tomada de uma decisão capaz de formar um precedente.²⁵

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 212.

²² SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided.** Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.

²³ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae.** New York: Oxford University Press, 2015, p. 16; SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided...** cit., p. 14.

²⁴ Um resumo dessa construção teórica, que parte de diversos textos de Cass Sunstein: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 223-231.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 328

Em sendo necessária a decisão do tema, o minimalismo pode não ser capaz de garantir uma decisão nos termos desejado pela Corte. Se há, por exemplo, um recurso que versa sobre o tema do aborto, por mais que se possa ser o mais minimalista possível, a decisão precisa concluir sobre a sua possibilidade ou não. Em uma situação crítica como essa, pode ser mais interessante para a Corte prolatar uma decisão que resolva o caso, mas que não deve ser tida como obrigatória em termos de precedentes.

5. HIPÓTEES DE CABIMENTO

Partindo da premissa que essa técnica é admissível, surge outro desafio: identificar quando ela pode ser utilizada. Isso porque, como ficou claro no item anterior, a sua adoção pelas Cortes apenas deve ser admitida em hipóteses excepcionais, devendo ser restrita a situações não corriqueiras.

Desacordos interpretativos profundos ou desacordos morais razoáveis

A linguagem do direito, por mais que se pretenda a utilização de termos objetivos, sempre possuirá alguma possibilidade de divergência interpretativa.²⁶ Os problemas de divergências interpretativas são agravados com as mudanças nas técnicas legislativas que ocorreram no último século, com a inserção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Ainda mais com a utilização dessas espécies de termos nas constituições, que atuam como parâmetro de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Também é possível adicionar no caldeirão que aquece as divergências o aumento da pluralidade da sociedade, em especial das vozes que conseguem se pronunciar no debate público. Se, em dado momento da história, havia maior homogeneidade no debate público, atualmente, ele é tudo menos homogêneo. Essa diversidade de concepções políticas e de funcionamento da sociedade refletirá na elaboração das legislações e das decisões.²⁷

²⁶ Sobre os vários níveis de indeterminação da linguagem no direito: ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente**. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 25-74.

²⁷ Refletindo sobre os efeitos da diversidade na legislação e na jurisprudência: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 73-75; RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995, p. 220.

Entre a pluralidade de vozes e a indeterminação do direito, surge uma nova espécie de discussão, que envolve desacordos interpretativos profundos²⁸ ou desacordos morais razoáveis.²⁹

Os desacordos interpretativos profundos são divergências radicais que ocorrem na atividade interpretativa relacionadas a textos normativos explícitos ou normas implícitas. Ela geralmente ocorre em nível constitucional e é detentora de termos valorativos com caráter ético e político, a exemplo de pessoa, dignidade, vida, autonomia pessoal etc.³⁰ A interpretação desses termos exige a atuação de elementos externos ao ordenamento jurídico, tornando-a ainda mais complexa em um regime de pluralismo ético que apresenta soluções alternativas e conflitantes ao problema.³¹

É difícil, para um observador externo e imparcial, identificar a existência de uma única resposta correta (embora os participantes sempre insistam que seu ponto de vista é o único correto).³² A partir de um diálogo de boa-fé e com argumentos racionais, a divergência permanece, e mais de uma resposta razoável pode ser admitida.³³

Essas discussões trazem novamente para o centro da preocupação a relação entre direito e moral, bem como a forma de atuação do Poder Judiciário em casos mais complexos. Eles podem ser tidos como genuínos, sem culpa e irresolvíveis.³⁴

A menção à inexistência de culpa talvez pudesse ser transformada na exigência de bom senso da divergência, porque ela envolve a ausência de interpretações absurdas. Seria, por exemplo, absurdo conceber que a confissão obtida por meio de tortura estaria de acordo com a dignidade da pessoa humana.³⁵ Também é exigida a honestidade no debate, não havendo o objetivo de prejudicar intencionalmente os interesses alheios.³⁶

²⁸ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi**. Modena: Mucchi, 2016.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 99.

³⁰ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 11.

³¹ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 17-20.

³² VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 53-55.

³³ BESSON, Samantha. **The morality of conflict**. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005, p. 1.

³⁴ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 12-13.

³⁵ VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi...** cit., p. 48.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia...** cit., p. 100.

A irresolvibilidade tem relação com o fato de que uma simples decisão não terá aptidão de sanar o conflito interpretativo. Isso porque essa mudança apenas ocorreria por um processo cultural e não por uma decisão tida por vinculante.³⁷ Basta aqui lembrar de *Roe v. Wade*, decidido em 1973, mas que nem de perto conseguiu pacificar a questão do aborto. Tanto é que acabou sendo revogado por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* em 2022. E que, com certeza, não pacificou e nem pacificará o problema. Por outro lado, há temas complexos que podem ser pacificados com uma decisão. Um exemplo é a interpretação dada pelo STF excluindo o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. Trata-se de tema jurídico específico e que pode ser resolvido com apenas uma decisão, por mais que seja complexo.

Aponta-se alguns pressupostos para a existência de um desacordo dessa natureza: as partes devem estar de acordo com os fatos relevantes para o caso concreto. Aqui significa, por exemplo, que em debate sobre o aborto, todos concordam com o fato do aborto, bem como o momento em que ocorreu. A discussão jurídica deve envolver participantes que tenham por objetivo a universalização do raciocínio a ser aplicado no caso concreto, ou seja, que ela possa ser aplicada a outras situações similares. Por fim, os participantes devem estar em condições psicológicas normais.³⁸

Nesses casos, a resolução da divergência só pode ser resolvida pela adoção de uma concepção ético-política, que não tem como ser traduzida para uma linguagem politicamente neutra.³⁹ A decisão do Poder Judiciário terá necessariamente por base a convicção moral dos julgadores.⁴⁰ Legitimar a solução do problema pelo judiciário pode levar a um problema do ponto de vista da democracia por deixar de levar em conta a voz dos cidadãos, que também devem ter suas convicções morais consideradas.⁴¹ Esse problema ficaria ainda mais claro nas situações em que a questão sequer chegou a ser debatida previamente pelo Poder Legislativo.

É justamente nesse contexto que a Corte pode se encontrar frente a um desacordo interpretativo profundo em que o debate não tenha sido amadurecido o suficiente. Proferir uma decisão com eficácia vinculante trava

³⁷ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 53-54.

³⁸ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 32.

³⁹ VILLA, Vittorio. *Disaccordi interpretativi profondi...* cit., p. 29.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* cit., p. 100.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia...* cit., p. 102.

o diálogo dos outros atores. Não o impede, mas, de certa forma, para que o Legislativo participe, haverá um novo peso e outro ônus argumentativo, pois uma decisão legislativa em sentido contrário pode vir a nascer com uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, nos casos de desacordos interpretativos profundos, é recomendável que, em certas situações, a Corte decida sem gerar um precedente obrigatório. Dessa forma, o debate sobre o tema mantém-se em aberto, permitindo que ele evolua em outras instâncias e volte posteriormente quando já estiver mais amadurecido.

5.1. Mudanças na composição da Corte

Como visto, o STF demorou quinze anos para decidir sobre a incidência do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS. Esse é um problema que é incomum para outras Cortes que possuem maior controle sobre sua agenda: por exemplo, a Suprema Corte dos EUA tem uma pauta anual. Não há um excedente de casos que podem ficar décadas na Corte.

Trata-se de uma contingência particular brasileira em que as Cortes de precedentes enfrentam um problema monstruoso de quantidade de processos, que faz com que casos se perpetuem por diversos anos. Naturalmente, para surgir a situação semelhante à do PIS e da COFINS é absolutamente excepcional. Não basta que o processo demore: há uma sucessão de prolação de votos que, misturados com pedidos de vista, tornem a decisão final um Frankenstein jurídico, formado por pedaços da história da Corte.

Essa situação continua possível, pois o STF tem o entendimento de que é inalterável o voto proferido por Ministro posteriormente aposentado, ou cujo exercício do cargo tenha cessado por outro motivo, mesmo em caso de destaque em julgamento virtual.⁴² Assim, proferido voto por um ministro, se houve pedido de vista e este vier a se “perder” no tempo, quaisquer votos proferidos não poderão ser alterados e a decisão final pode conter votos de julgadores que já se aposentaram.

Por mais que se fale que os precedentes não devam ser alterados pela mera alteração da Corte, trata-se de um dado da realidade. A mudança significativa da composição de um tribunal pode ser um dado crucial para a redefinição de um tema e isso não pode ser ignorado.

⁴² STF, Tribunal Pleno, **QO na ADI 5.399**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/06/2022, Ata de julgamento DJE 21/06/2022.

Ocorrendo situação semelhante à ocorrida no caso do ICMS na base de cálculos do PIS e da COFINS, outras técnicas como o minimalismo ou recusa de repercussão geral não funcionam. Afinal, votos já proferidos de ministros aposentados não podem ser alterados e seria uma denegação de tutela jurisdicional depois de anos de espera, a Corte desistir de julgar o caso. Assim, por mais que seja raro esse acontecimento, ele é um dos que mais se beneficiaria pela utilização da técnica da decisão sem precedente.

Do contrário, poderia haver a formação de precedente obrigatório que não reflete o entendimento atual da Corte, mas apenas um recorte de vários momentos do tempo. Nessa situação, é melhor que haja uma decisão sem precedente, concedendo maior liberdade para que outra decisão venha a ser proferida com o entendimento atual da Corte.

5.2. Precedentes em tempo de crise

Por vezes, momentos de crises exigem decisões a serem proferidas sem o tempo adequado para reflexão. Ou decisões que só fazem sentido em um contexto maior: um momento de crise.

O Brasil, por exemplo, passou por um momento de grave crise derivado da pandemia do Covid-19. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a resolver conflitos que são cruciais na determinação das políticas públicas de isolamento, na divisão de tarefas entre os órgãos estatais, a revisar contratos, suspensão de penhoras, tudo em tempo mínimo, sem que haja pausa para reflexão e sofrendo um forte escrutínio da população, dos veículos de comunicação social e dos demais Poderes, seja sob a argumentação do risco a saúde, das consequências da crise econômica etc.

Nos EUA, preocupação semelhante já foi objeto de reflexão doutrinária, em especial no que se refere aos precedentes em tempos de guerra.⁴³ Isso porque, durante a segunda guerra mundial, ocorreram diversos julgamentos por meio de cortes militares, muitas vezes sem a devida transparência, com um prazo exíguo, que impediriam um mínimo de devido processo legal, com informações sobre os fatos distorcidas. Essas decisões foram alvo de impugnação perante o Poder Judiciário norte-americano, chegando até a Suprema Corte. Nesses casos, a Corte, em momento de forte pressão do

⁴³ COHEN, Harlan G. “Undead” wartime cases: stare decisis and the lessons of history. *Tulane Law Review*, v. 84, 2010.

Poder Executivo e diante das consequências do conflito armado, além de também sujeita à sensação geral de pânico, acabou chancelando as exceções ao devido processo legal, que seriam garantidas em tempo de paz.⁴⁴

De períodos de crise, podem surgir reflexões – precedentes – duradouros.⁴⁵ Mas a preocupação objeto desse item é diferente: e nos casos dos precedentes sem reflexão e emergenciais? Uma primeira possibilidade é a de que podem ser decisões erradas quando analisadas no futuro. Esses casos devem ser bem compreendidos em seu contexto e podem ser simplesmente decisões equivocadas, tomadas pela urgência do caso sem a reflexão devida.

Também seria possível conceber que a própria Corte tivesse consciência de que a decisão não está sendo tomada em um contexto de condições normais de temperatura e pressão. Como uma forma de se proteger de críticas, a própria Corte poderia se adiantar e informar aos jurisdicionados que a decisão a ser tomada não deve ser encarada como um precedente. Principalmente quando se trata de uma decisão que não terá mera natureza de cognição sumária, mas exauriente, embora em condições totalmente adversas para a devida reflexão. A utilização dessa técnica é uma forma de resolver o conflito posto para ser resolvido em condições extremas, sem que haja uma pressão normativa para sua manutenção em situações semelhantes no futuro.

6. CONCLUSÕES

Existem várias técnicas aptas a permitir um incentivo à maior deliberação da sociedade como um todo a serem adotadas pelas Cortes em suas decisões. No presente texto, optou-se pela análise da possibilidade de a Corte, de forma expressa, indicar na decisão com potencial para se tornar precedente obrigatório, que essa decisão é uma passagem válida para apenas uma viagem. Ou seja, de que não haverá formação de precedente.

Trata-se de técnica já utilizada tanto nos EUA, como no Brasil e que tem por objetivo não fechar o diálogo sobre um determinado tema, permitindo que

⁴⁴ A título exemplificativo: Ex parte Quirin, 317 EUA 1 (1942); In re Yamashita: 327 U.S. 1 (1946); Hirota v. MacArthur: 338 US 197 (1948), dentre outros

⁴⁵ Remeto o leitor novamente aos seguintes textos para essas outras reflexões: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. **Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19...** cit.; PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters?..** cit.

haja o seu desenvolvimento em outras instâncias (sociedade civil e Poder Legislativo). Trata-se, em princípio, de uma forma de decidir que incentiva o exercício da democracia deliberativa, sem fechar a interpretação da questão. Esse ponto de vista é especialmente importante nos casos dos desacordos interpretativos profundos, em que o assunto é bastante complexo e diretamente influenciado por questões ideológicas.

É possível ir além: essa técnica também pode ser utilizada em outras situações excepcionais. No texto, cogitamos de duas situações: julgamento que se prolonguem tanto no tempo que se torne uma amálgama de diversas composições da Corte, não sendo capaz de refletir seu atual entendimento e como forma de auxiliar a Corte quando submetida a decisões em tempo de crise. Nesta última hipótese, por vezes, o tribunal se vê obrigado a decidir temas complexos sem o devido tempo de reflexão, podendo deixar de forma precedente para permitir melhor reflexão sobre a questão em um momento futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, 2022.

BESSON, Samantha. **The morality of conflict**. Reasonable disagreements and the law. Oxford: Hart, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

BRODIN, Mark S. Bush v. Gore: the worst (or at least second-to-the-worst) Supreme Court Decision ever. **Nevada Law Journal**, v. 12, 2012.

CALABRESI, Guido. In Partial (but not Partisan) Praise of Principle. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). **Bush v. Gore: the question of legitimacy**. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246.

COHEN, Harlan G. **“Undead” wartime cases**: stare decisis and the lessons of history. *Tulane Law Review*, v. 84, 2010.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi; ZANETI JR., Hermes. Brazilian Precedents in Covid-19 - Supreme Court Matters? In: NYLUND, Anna; KRANS, Bart. (Org.). **Civil Courts Coping with Covid-19**. The Hage: Eleven, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. **Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19**. Revista Brasileira de Direito Processual, n. 118, ab./jun.-2022.

FISS, Owen. The fallibility of reason. In: ACKERMAN, Bruce (ed.). **Bush v. Gore: the question of legitimacy**. New Hale & London: Yale University Press, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais? Em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, 2018, disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista>, acesso no dia 29/09/2022.

PEIXOTO, Ravi. Reflexões a partir da modulação de efeitos da tese tributária do século: o recurso extraordinário 574.706 e a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. **Revista dos Tribunais**, v. 1034, 2021.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império**. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Foreword: leaving things undecided**. Harvard Law Review, v. 110, n. 4, 1996.

VILLA, Vittorio. **Disaccordi interpretativi profondi**. Modena: Mucchi, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.