TÚLIO DE MEDEIROS JALES

Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

TÚLIO DE MEDEIROS JALES

Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais

(Versão Corrigida)

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Jales, Túlio de Medeiros
Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes constitucionais ; Túlio de Medeiros Jales ; orientador Luís Virgílio Afonso da Silva -- São Paulo, 2020.
212
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.
1. Precedentes constitucionais. 2. Superação de precedentes. 3. Incerteza epistêmica. 4. Princípios formais. 5. Sopesamento de princípios formais. I. da Silva, Luís Virgílio Afonso, orient. II. Título.

Nome: JALES, Túlio de Medeiros.
Título: Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Dedico este trabalho aos meus pais, Fabíola e Jorge.

AGRADECIMENTOS

Comecei a moldar a pesquisa que originou essa tese há mais de três anos, quando ainda concluía o meu mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Meu primeiro agradecimento vai para as pessoas com quem eu discuti o embrião desta pesquisa: Ana Luiz Rodrigues, Edvaldo Moita, Igor Enriquez e Rafael Bezerra Nunes. Eles ofereceram contribuições sem as quais o então projeto sequer teria sido aprovado na seleção de ingresso para Pós-Graduação na Faculdade de Direito da USP (FDUSP) no ano de 2016.

O meu agradecimento ao professor Virgílio Afonso da Silva também regressa ao processo seletivo de 2016. Sou grato por ele ter enxergado algum potencial no projeto de um pesquisador com o qual ele nunca tivera qualquer contato. A transparência republicana, a honestidade acadêmica e o rigor científico presentes desde a seleção para a vaga na Pós Graduação foram replicadas também no processo de orientação. Agradeço pelas considerações e provocações às versões preliminares deste texto, ao respeito e à compreensão pelas minhas escolhas profissionais e acadêmicas, bem como à acolhida e ao incentivo em momentos nos quais as ideias simplesmente não queriam sair.

Tive a oportunidade de discutir o argumento de minha tese em diversas fases da minha pesquisa com professores comprometidos com a academia que me provocaram a repensar e qualificar os argumentos do meu texto. Agradeço em especial ao professores Diogo Coutinho e Rafael Mafei, que no meu primeiro semestre de São Francisco ofereceram, junto com o professor Virgílio, uma disciplina sobre pesquisa jurídica que permitiu a discussão de meu então projeto com um público rigoroso. Além deles, as contribuições dos professores Fernando Leal, Estefânia Barboza, Pedro Felipe, Jan Komarek, Shai Dotan e Mikael Rask Madsen foram muito importantes para melhor esclarecer como posicionar o debate da minha tese dentro da discussão sobre precedentes na jurisdição constitucional.

Um agradecimento especial aos integrantes da banca de defesa deste trabalho, professores Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Patrícia Perrone Campos Mello, Thomas Bustamante, e mais uma vez aos professores Conrado Hübner Mendes e Estefânia Barboza. Apesar dessa ajuda e inspiração externa, os equívocos e insuficiências que está tese contenha devem ser exclusivamente atribuídos a mim.

Construir esta pesquisa na FDUSP não teria tanta importância se eu não estivesse inserido em um espaço acadêmico como o grupo de pesquisa Constituição, Política e Instituições, conduzido pelos professores Virgílio e Conrado. As discussões políticas e

acadêmicas proporcionadas pelos encontros do grupo me tornaram um pesquisador com maior rigor metodológico e um alguém mais ciente das opressões e desigualdades que o ambiente acadêmico reproduz. Agradeço em especial aos meus colegas e às minhas colegas que tornaram o ambiente do grupo, para além de academicamente fértil, humanamente acolhedor.

Encontrar pessoas que se interessam por questões acadêmicas e problemas práticos semelhantes aos que eu estava pesquisando foi outro privilégio que a FDUSP me concedeu. Fosse em espaços como o PósDebate ou nas próprias disciplinas que cursei, pude encontrar interlocutores competentes e honestos para debater minhas ideias sobre cortes constitucionais, direitos fundamentais e vinculação a precedentes. Gostaria de agradecer aos colegas que de muito boa vontade leram versões preliminares de alguns capítulos do meu trabalho e apontarem críticas essenciais ao desenvolvimento do meu argumento: Livia Gil Guimarães, Luiz Fernando Gomes Esteves, Felipe Natal de Gaspari, João Sgarbi, Nicola Tommasini, Pablo Gurgel, Pedro Arcain, e em especial à Paula Gorzoni e ao Guilherme Palu, a quem perturbei inúmeras vezes na reta final da escrita para melhor discutir o papel dos princípios formais na argumentação jurídica.

Para além da escrita da tese, o doutorado me proporcionou experiências profissionais e acadêmicas heterogêneas e engrandecedoras. A primeira delas foi trabalhar na coordenação acadêmica Programa de Pós Graduação *lato sensu* da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGVLaw). Contribuir com a construção de um programa de pós-graduação de excelência, dentro do maior centro de inovação em ensino jurídico do país, foi uma responsabilidade e, ao mesmo tempo, uma honra. Agradeço aos colegas e às colegas que muito me ensinaram sobre gestão acadêmica e educação jurídica.

O período de pesquisa no exterior que a escrita tese me proporcionou foi, ao mesmo tempo, a realização de um sonho pessoal e um momento de amadurecimento acadêmico ímpar. Agradeço ao Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional (Heidelberg/Alemanha) pelo período como pesquisador visitante, e ao iCourts – *Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts* – da Universidade de Copenhagen, na figura de meu supervisor Jan Komárek, pela bolsa de pesquisa concedida para desenvolver parte de minha investigação.

Eu e o meu destino tratamos de pactuar que a minha primeira experiência plena como professor teria de ser na cidade na qual iniciei minha educação. Voltar a Mossoró e contribuir com o ensino jurídico público e de qualidade oferecido pelo curso de direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA) foi uma experiência marcante. Agradeço aos meus

colegas e minhas colegas que ajudam a aprimorar um curso com cada vez mais excelência e balbúrdia e, claro, aos alunos e alunas com quem pude compartilhar minhas primeiras experiências em sala de aula.

O percurso de uma tese não é apenas um processo acadêmico e profissional. Compreende uma miríade de experiências pessoais que te transformam em todos os aspectos. O doutorado foi um período difícil e desafiador, mas no qual eu fui feliz e tinha plena consciência desta felicidade. Sou grato por ter encontrado gente bonita que me iluminou com seu brilho pelo caminho e me permitiu viver tudo o que eu vivi. Quero agradecer em especial ao companheirismo e a amizade das pessoas com as quais São Paulo me presentou: Beatriz Kira, Bruno Harllen, Luigi Barbieri, Milene Santos, Pedro Arcain e Matheus Silveira de Souza. Vocês foram essenciais para uma caminhada leve, cheia de alegrias. Foi vivendo momentos mágicos com vocês que pude me apaixonar por uma cidade.

E como sou grato por minha felicidade ter se encontrado com a de Luana e ter descoberto uma maneira de ser mais bonita. Nossa relação me enche de energia e empolgação pela vida, me faz sentir capaz de ser sempre mais e traz sentido para as escolhas do passado, do presente e do futuro. Ter seu ouvido companheiro e seu incentivo de mais perto nessa reta final foi essencial.

Essas novas amizades se juntaram aos meus velhos amigos e amigas de vida que acompanharam de perto ou longe minha jornada, vindo de quando em vez me encher de alegria com suas visitas e calor humano. Em nome dos meus amigos e amigas Artur Medeiros, Dalton Limeira, Gustavo Maia, Maria Clara Bandeira, Rodrigo Neves, Pablo Gurgel, João Vitor Rocha, Leôncio Guimarães, Vinícius Custódio e William Sakoda agradeço a todos e todas que se fizeram presentes mesmo à distância. Bons amigos que Natal já me dava se tornaram irmãos e pontos de apoio em São Paulo, Roberta Leandro, Débora Oliveira em especial a Pablo Roberto e ao meu companheiro de casa João Henrique Félix, é uma alegria viver e dividir a intensidade da vida paulistana com vocês.

O agradecimento mais importante é para minha família. Contei com o apoio inestimável de muitos familiares do começo ao fim do meu doutorado. Nos primeiros seis meses de São Paulo, enquanto eu ainda era aluno especial da FDUSP, minha tia Verônica e meu tio Cléber me receberam e foram um apoio essencial para que eu iniciasse minha vida paulistana. Esse suporte foi contínuo ao longo dos últimos anos, dando um especial gosto familiar a uma passagem por São Paulo que foi naturalmente querendo virar permanência. Nos últimos seis meses de escrita, o meu retorno a Mossoró para ser professor na UFERSA

me levou de volta a casa dos meus avós, Célia e Luiz, e o cuidado e amor deles foi essencial para encarar o esforço que a reta final de escrita me demandou. Já disse a vocês que não tenho palavras para agradecer pela forma como abriram suas casas e seus braços para acolher minha presença viajante, mas fica aqui a minha tentativa.

Aos meus pais Fabíola e Jorge e meus irmãos Letícia e Mateus, eu agradeço por me ajudarem a atravessar esse processo que para mim é mais que um sonho, é parte do meu projeto de vida. Mesmo muitas vezes sem entender muito bem o que eu estava pesquisando ou com o que eu estava trabalhando, em nenhum segundo me faltou apoio para que eu perseguisse minhas próprias escolhas. A distância física em nenhum momento foi empecilho para que estivéssemos sempre em sintonia, conectados e presentes na vida um do outro. Obrigado simplesmente por serem felizes com a minha felicidade. A vocês, tudo.

RESUMO

JALES, T.M. **Uma proposta normativa para regular a superação de precedentes em cortes constitucionais.** 2020. 212 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Este trabalho formula uma proposta normativa de caráter argumentativo para regular quando cortes constitucionais devem superar precedentes que avaliam como equivocados. Esta formulação passa por quatro movimentos. O primeiro é a conceituação de precedentes enquanto princípios formais, ou seja, normas de caráter principiológico que fornecem razões para a aplicação de norma materiais e que podem ser otimizadas em maior ou menor grau. O segundo movimento descreve a autoridade horizontal de precedentes constitucionais como uma autoridade parcialmente independente das razões substantivas que compõem seu conteúdo. O terceiro movimento defenderá que a autoridade de precedentes constitucionais se sustenta normativamente na medida em que precedentes ingressam no espaço de discricionariedade judicial concedido pela constituição. O argumento é de mesmo que cortes constitucionais do presente entendam que precedentes são decisões equivocadas, a das decisões das cortes constitucionais do passado pode ser mantida desde caso o juízo de incorreção sobre elas não seja provado a partir de determinados níveis de certeza. Por fim, o quarto movimento utilizará a estrutura formal do sopesamento fornecida pela teoria dos princípios para racionalizar as operações de superação de precedentes. O modelo misto ou combinado de sopesamento entre princípios formais e princípios materiais é acolhido como estrutura formal capaz de representar o papel que precedentes devem exercer no momento em que cortes do presente estão rediscutindo um problema jurídico já solucionado por cortes do passado. Dentro do modelo argumentativo racional proposto, precedentes servirão como razões de reponderação que forçam cortes do presente a se aproximar das avaliações e valorações que cortes do passado fizeram quando analisaram a mesma colisão de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Precedentes constitucionais. Superação de precedentes. Incerteza epistêmica. Princípios formais. Sopesamento de princípios formais.

ABSTRACT

JALES, T.M. **A normative proposal for overruling precedents in constitutional courts.** 2019. 212 p. Degree (Phd) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This dissertation proposes a normative model to establish on argumentative grounds when constitutional courts must overrule flawed precedents. The argument is built in four steps. The first conceptualizes precedents as formal principles, i.e., principles that provide reasons for applying material norms and can be optimized to a greater or lesser degree. In the second step the research describes the horizontal authority of constitutional precedents as an authority partially independent of the substantive reasons that sustains its content. In the third step the thesis will argue that the authority of constitutional precedents is normatively sustained to the extent that precedents stay within the area of judicial discretion granted by the constitution. The argument is that even if constitutional courts in the present evaluate precedents as flawed decisions, their authority can be maintained as long as the court in the present cannot prove this inaccuracy with certain levels of certainty. Finally, the fourth step will use the formal structure of balancing provided by the principles theory to rationalize overrulings. The mixed model of balancing between formal principles and material principles is accepted as a formal structure that can represent the role that precedents play when courts in the present are rediscussing a legal problem already solved by courts in the past. Within the rational argumentative model proposed, precedents will function as a way to reweight reasons that force present courts to come closer to the assessments and valuations that past courts made when they analyzed the same collision of fundamental rights.

Keywords: Constitutional precedents. Overruling. Epistemic uncertainty. Formal principles. Balancing of formal principles.

RESUMEN

JALES, T.M. **Propuesta normativa para regular la superación de los precedentes en los tribunales constitucionales**. 2020. 209 p. Tesis (Doctorado) - Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta tesis formula una propuesta normativa de índole argumentativa para regular cuándo los tribunales constitucionales deben superar los precedentes que evalúan como erróneos. Esta formulación pasa por cuatro movimientos. El primero es la conceptualización de los precedentes como principios formales, es decir, normas de carácter principiológico que proporcionan razones para la aplicación de normas materiales y que pueden ser optimizadas en mayor o menor grado. El segundo movimiento describe la autoridad horizontal de los precedentes constitucionales como una autoridad parcialmente independiente de las razones de fondo que conforman su contenido. El tercer movimiento argumentará que la autoridad de los precedentes constitucionales se sostiene normativamente en la medida en que los precedentes entran en el espacio de la discreción judicial otorgada por la constitución. El argumento es que, incluso si los tribunales constitucionales del presente entienden que los precedentes son decisiones erróneas, las decisiones de los tribunales constitucionales del pasado puede ser confirmadas si la apreciacón de estos errores no se prueba a partir de ciertos niveles de certeza. Por último, el cuarto movimiento utilizará la estructura formal del sopesamento que proporciona la teoría de los principios para racionalizar las operaciones con el fin de superar los precedentes. El modelo mixto o combinado de ponderaciones entre principios formales y principios materiales es aceptado como una estructura formal capaz de representar el papel que los precedentes deben desempeñar en el momento en que los tribunales del presente están rediscutiendo un problema jurídico ya resuelto por los tribunales del pasado. Dentro del modelo argumentativo racional propuesto, los precedentes servirán como razones de reponderación que obliguen a que los recortes actuales se acerquen a las evaluaciones y valoraciones que los recortes pasados hicieron cuando analizaron la misma colisión de derechos fundamentales.

Palabras clave: Precedentes constitucionales. Superando los precedentes. Incertidumbre epistémica. Principios formales. Sopesamento de los principios formales.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

HC – Habeas Corpus

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RE – Recurso Extraordinário

Rcl. – Reclamação Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCF – Tribunal Constitucional Federal Alemão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **30**
1.1 PERGUNTA E ARGUMENTOS DA TESE 30
1.2 JUSTIFICATIVA 32
1.3 RECORTE TEMÁTICO 35
1.4 OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS 37
1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO 38
1.6 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES 39
1.6.1 O que são precedentes constitucionais? **40**
1.6.2 Precedentes constitucionais e julgamentos de casos abstratos **44**
1.6.3 O que é superar precedentes constitucionais? **47**
1.6.4 Superação de precedentes e gestão da incerteza no direito **48**
1.6.5 Problemas jurídicos definidos e problemas jurídicos inéditos **51**
1.6.6 O que sobra a uma proposta normativa de caráter argumentativo para superação de precedentes? **54**
2 A AUTORIDADE PARCIALMENTE INDEPENDENTE DO CONTEÚDO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: RAZÕES ESPECIAIS E PRINCÍPIOS FORMAIS **58**
2.1 APRESENTANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS 59
2.2 REFINANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS: TIPOLOGIA DA AUTORIDADE HORIZONTAL DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS 61
2.3 TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS E PRECEDENTES COMO PRINCÍPIOS FORMAIS 66
2.3.1 Aprofundando o conceito de princípios formais na teoria dos princípios **67**
2.3.2 Princípios formais e a autoridade de precedentes constitucionais **70**
2.4 MANIFESTAÇÕES PRÁTICAS DA TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS 73
2.4.1 Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a superação de precedentes **74**
2.4.2 Câmara dos Lordes **80**
2.4.3 Supremo Tribunal Federal e autoridade horizontal de precedentes **81**
2.5 CONCLUSÃO PARCIAL 95
3 ANALISANDO OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA A AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS **99**

3.1 DOIS MODELOS PARA JUSTIFICAR O QUE É UMA DECISÃO NORMATIVAMENTE CORRETA 101

3.2 AUTORIDADES TEÓRICAS E PRECEDENTES HORIZONTAIS 103

3.3 ISONOMIA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TRATAR CASOS SEMELHANTES DE MANEIRA SEMELHANTE 105

3.4 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: CONTROLE DA INCERTEZA E CONTROLE DOS IMPACTOS DAS MUDANÇAS INTERPRETATIVAS 109

3.4.1 Precedentes e controle da previsibilidade: juízos de erro e graus de incerteza do direito 111

3.4.2 Controle dos impactos das mudanças de posições jurídicas 119

3.5 CONCLUSÃO PARCIAL 130

4 CONTESTAÇÃO A PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TIPOS E GRAUS DE INCERTEZA NA CONFORMAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL 133

4.1 CONSTRUINDO JUÍZOS DE ERRO: DESACORDOS INTERPRETATIVOS E DESACORDOS NÃO INTERPRETATIVOS 134

4.1.1 Desacordos interpretativos 136

4.1.2 Desacordos não interpretativos 148

4.2 DOS TIPOS DE ERRO AOS GRAUS DE INCERTEZA QUANTO AO ERRO: CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EPISTÊMICA 157

4.2.1 Graus de incerteza epistêmica e discricionariedade do legislador 157

4.2.2 Incerteza epistêmica e discricionariedade judicial na superação de precedentes 160

4.2.3 Como inserir as incertezas empíricas e normativas na racionalização da superação de precedentes? 163

4.3 CONCLUSÃO PARCIAL 165

5 PRINCÍPIOS FORMAIS, MODELOS DE SOPESAMENTO E RACIONALIZAÇÃO DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES 168

5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS MATERIAIS ... 170

5.2 MODELOS DE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS FORMAIS 173

5.2.1 Modelos de sopesamento de nível único 174

5.2.2 Modelos de sopesamento de dois níveis 176

5.3 SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS FORMAIS E MATERIAIS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS 184

5.3.1 Como determinar o peso dos precedentes constitucionais: marcadores de incertezas empíricas e normativas 184

5.3.2 Definindo o peso de precedentes constitucionais: análise de casos 189
5.3.3 Como inserir precedentes constitucionais na estrutura formal do sopesamento? 198
5.3.4 Modelo misto ou combinado e superação de precedentes 204
5.4 CONCLUSÃO PARCIAL 208
6. CONCLUSÕES 211

INTRODUÇÃO

1.1 PERGUNTA E ARGUMENTOS DA TESE

A adjudicação de direitos fundamentais é rodeada por tensões que colocam em confronto objetivos normativos de complexa conciliação. A disputa entre a vocação de cortes constitucionais para interpretar corretamente direitos fundamentais à luz da constituição e a necessidade destas mesmas cortes controlarem a previsibilidade do conteúdo de tais direitos é uma destas tensões. Tal tensão repercute em diversos debates da teoria constitucional e da teoria do direito. Esta tese mergulhará em uma específica discussão que vem sendo continuamente informada e conformada pela relação conflituosa entre os valores normativos da correção e da previsibilidade no discurso jurídico: quando cortes constitucionais devem manter ou superar seus próprios precedentes?

A análise focará na dimensão horizontal da autoridade dos precedentes na jurisdição constitucional, ou seja, na influência que as decisões anteriores de uma corte exercem sobre a própria instituição. A dimensão vertical da autoridade dos precedentes, relacionada à forma como as decisões de instâncias superiores impactam o conteúdo e o processo decisório das instâncias inferiores é, assim, colocada em um segundo plano.[1] A partir deste foco, a pesquisa questiona como é possível controlar racionalmente a argumentação jurídica em casos nos quais se discute a superação de decisões anteriores em cortes constitucionais.[2] Os precedentes horizontais que importam à tese correspondem a decisões de cortes do passado (*C1*) que sofrem algum tipo de contestação por parte de cortes do presente (*C2*). Esta contestação é expressa pela C2 através de um juízo de erro, ou seja, uma argumentação que explicita as razões pelas quais uma decisão do passado seria equivocada ou incorreta.

---

[1] Sobre os aspectos diferenciadores das duas dimensões: Dierle José Coelho Nunes, *Processo jurisdicional democrático*: *uma análise crítica das reformas processuais*, Curitiba: Juruá, 2008; Katja Funken. "*The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System",* (2013), <disponível em: http://ssrn.com/abstract=476461, último acesso em 14.3.2016>.

[2] A dinâmica da autoridade de precedentes é identificada em algumas jurisdições, como a americana ou a britânica, pela categoria do *stare decisis*. Embora suas características possam variar entre as jurisdições que a reconhecem, em geral se entende que a doutrina do *stare decisis* obriga que unidades jurisdicionais hierarquicamente inferiores sigam precedentes de cortes superiores (*stare decisis* vertical) ou que unidades jurisdicionais temporalmente posteriores mobilizem razões especiais para decidir em desconformidade com um precedente (*stare decisis* horizontal). Embora a pesquisa se volte especificamente à discussão do que se convencionou chamar *stare decisis* horizontal, a tese opta por não utilizar o termo *stare decisis* para se referir à autoridade horizontal de precedentes no Brasil, reservando sua mobilização às realidades jurisdicionais em que ela é comumente utilizada. Esta opção não impede, no entanto, que se reconheça a existência de autoridade jurídica às decisões das cortes superiores, especificamente do STF. O reconhecimento de que decisões anteriores do STF deveriam importar à própria corte é, como se verá, um dos pressupostos da pesquisa.

A tese pressupõe que há duas respostas tão extremas quanto insuficientes para enfrentar essa tensão: a primeira seria que cortes constitucionais jamais poderiam modificar seus posicionamentos anteriores.[3] À primeira vista, esta resposta à pergunta da tese não encontra, hoje, defensores; no entanto, também soa igualmente errôneo defender que tais tribunais deveriam reverter suas posições sempre que acreditem ter errado em suas definições interpretativas no passado.[4] É desvelando as nuances entre estas duas opções que a tese buscará definir as condições normativas e argumentativas para que a autoridade de uma decisão anterior possa ser derrotada.

Dois são os argumentos normativos centrais da tese. O primeiro é que precedentes constitucionais contestados devem ser mantidos quando estiverem dentro da zona de discricionariedade judicial epistêmica concedida pela constituição. Ou seja, a autoridade horizontal de precedentes constitucionais se justifica porque cortes do presente podem estar mergulhadas em incertezas epistêmicas sobre quais respostas as constituições determinam para solucionar colisões de direitos fundamentais. Se a posição jurídica do precedente for uma das respostas possíveis dentro das várias que a discricionariedade judicial epistêmica possibilita às julgadoras, esta posição deve ser mantida e não pode ser substituída por outra posição que também ocupe o terreno da discricionariedade.

O segundo argumento tem natureza mais metodológica e decorre da necessidade de operacionalizar fórmulas argumentativas para definir se o precedente encontra-se ou não dentro da zona de discricionariedade judicial prevista pela constituição. Ele sustenta que o ferramental analítico da teoria dos princípios fornece uma proposta normativa adequada para definir se precedentes estão ou não dentro da zona de discricionariedade judicial e, por

---

[3] À primeira vista, este primeiro caminho de resposta à pergunta da tese hoje não encontra defensores, seja no meio acadêmico ou na prática institucional das cortes constitucionais ao redor do mundo. Há duas razões pelas quais o trabalho compreende ser relevante demarcar e discutir esta posição argumentativa. Em primeiro lugar, ela foi a escolha da Câmara dos Lordes do Reino Unido durante parte considerável do século XX, antes da adoção por essa corte do Practice Statement de 1966. As justificativas que conduziram a *House of* Lords a manter e depois modificar seu entendimento sobre uma vinculação irrestrita aos precedentes merecem ser analisadas. Em segundo lugar, ainda se encontra com facilidade no debate sobre o tema a defesa de que determinados precedentes que atendem condições específicas não deveriam ser superados. Os chamados superprecedentes (*superprecedents*) atenderiam a critérios relacionados à estabilidade jurídica ou mesmo à estabilidade cultural que desincentivariam a modificação de seu posicionamento. Assim, ainda que uma defesa sem concessões da impossibilidade de superação de precedentes não seja algo corrente, argumentos que defenderiam tal solução são mobilizados para defender que determinados precedentes não devem ser superados. Siddharta Legale, Superprecedentes. *Revista Direito GV 12* (2016), p. 810-845.

[4] "I affiliate *overruling* precedents with the more general issue of legal transitions and conclude that no algorithm for when to overrule is available. (…) I know what the wrong answers to this question are: That we should never overrule precedent is wrong, and also that we should overrule it whenever we disagree with it." Larry Alexander. "Precedential Constraint, Its Scope and Strength: A Brief Survey of The Possibilities And Their Merits". *Legal Studies Research Paper Series - Research Paper No. 11-070* (2011), < disponível em: <http://ssrn.com/abstract= 1924585, último acesso em 2.2. 2018.>

consequência, se precedentes devem ser superados ou não. Para que este ferramental da teoria dos princípios possa ser instrumentalizado, precedentes horizontais serão reconstruídos enquanto um tipo específico de princípios, os princípios formais, e as possibilidades de contestação à sua autoridade serão reguladas racionalmente por operações de sopesamento.

Este é, pois, um trabalho de teoria normativa. Ao mesmo tempo em que fundamenta normativamente a autoridade horizontal de precedentes contestados no palco da jurisdição constitucional, propõe condições argumentativas para regular e orientar as formas de contestação desta mesma autoridade.

1.2 JUSTIFICATIVA

Em um plano prático, a pesquisa se justifica diante da paradoxal situação em que se encontram cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal (STF). Tais cortes expressam estima em respeitar seus próprios precedentes, mas normalmente derrotam a autoridade de suas decisões via razões ou justificações não controláveis racionalmente.[5] Em um nível teórico, não existem esforços para relacionar a discussão sobre os fundamentos normativos da autoridade de precedentes horizontais com a possibilidade de controlar a contestação a tal autoridade pelas ferramentas analíticas e normativas da teoria dos princípios. A tese pretende, então, conectar eixos teóricos já bem desenvolvidos dentro da teoria constitucional, mas que até aqui não se comunicavam de maneira explícita, para buscar solucionar a ausência de controle argumentativo na superação de precedentes.

Embora a tese formule uma teoria normativa que pode ser operacionalizada em cortes constitucionais em geral, seu conteúdo supre uma carência no estudo sobre precedentes no Brasil. Isso porque atualmente o *overruling*[6] de casos constitucionais é orientado por uma concepção geral ou universal da autoridade horizontal dos precedentes judiciais,[7] ou seja, os fundamentos que sustentam a autoridade de decisões anteriores do STF perante o próprio tribunal seriam os mesmos que sustentariam a autoridade horizontal de decisões de juízas de primeiro grau, de tribunais regionais federais ou do pleno do Superior Tribunal de Justiça

---

[5] Steven J. Burton, "The conflict between Stare decisis and overruling in constitutional adjudication", *Cardozo Law Review* 35 (2014), p.1687-1703.

[6] Conforme será desenvolvido no ponto 1.6.3 deste capítulo, utilizarei o termo *overruling* como sinônimo de superação de precedentes, indicando casos em que há uma revogação de uma norma que foi atribuída para solucionar determinada colisão de direitos fundamentais.

[7] Em razão de não se deterem especificamente sobre os precedentes na jurisdição constitucional.

(STJ).[8] Uma das hipóteses da investigação é de que os fundamentos normativos para a autoridade horizontal dos precedentes judiciais seriam insuficientes para orientar o diálogo entre decisões do passado e do presente na jurisdição constitucional, devendo-se por isso buscar princípios e diretivas próprias que orientem a superação nesse específico espaço institucional.

A premissa que embasa essas exigências e desafios específicos é a de que, diante da rediscussão de um tema constitucional sobre o qual já se decidiu, a pergunta que cortes constitucionais devem fazer não é igual àquela feita quando se decide pela primeira vez o assunto. A existência de decisão a irradiar seus efeitos no mundo modifica a dinâmica das razões argumentativas presentes na rediscussão de determinado problema jurídico.

Na ADPF 457, julgada pelo STF em abril de 2019, a corte decidiu ser inconstitucional a Lei nº 1.516/2015, do município de Novo Gama, Goiás, que proibia a utilização, em escolas públicas municipais, de material didático que contenha o que classificava de "ideologia de gênero".[9] Foi a primeira vez que o STF se manifestou sobre a constitucionalidade – tanto formal quanto material - de leis que pretendem limitar e controlar a educação de gênero em escolas públicas e privadas. A questão, no entanto, permanece em discussão na corte em outras ações constitucionais, como na ADPF 578, que questiona a Lei Municipal Complementar nº 9/2014, de Santa Cruz de Monte Castelo, Paraná. Acolher a premissa indicada no parágrafo anterior implica defender que, mesmo diante das semelhanças dos casos, ao julgar a ADPF 578, o STF não deve pautar as mesmas questões suscitadas quando do julgamento da ADPF 457.[10] Isso porque a existência da própria decisão proferida na ADPF 457 irá alterar a forma como a corte deve abordar a questão tratada na ADPF 578.

---

[8] Exemplos de estudos que não tratam o precedente constitucional como detentor de uma autoridade diferente daquela dos precedentes em geral: José Rogério Cruz Tucci. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004; Estefânia Maria de Queiroz Barboza, *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. Tese de Doutorado. Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011. Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: RT, 2010. Luiz Guilherme Marinoni. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Daniel Mitidiero. Cortes *Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[9] Ao julgar a ação, os componentes da corte seguiram o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que sustentou a inconstitucionalidade em dois argumentos: (i) compete à União a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente; (ii) a norma viola princípios constitucionais relacionados à promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput). ADPF 457, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pleno, julgado em 27/04/2020.

[10] Na ADPF 457 o STF respondeu essencialmente duas questões: (i) municípios possuem competência para editar normas que versem sobre conteúdos, currículos ou metodologia educacional?; (ii) podem normas que versem sobre conteúdos, currículos ou metodologias educacionais proibir que docentes tratem determinados temas em sala de aula?

Nesta última ação, o STF deverá se perguntar se leis municipais que limitam ou controlam conteúdos, currículos e metodologias de ensino são constitucionais, levando em consideração que há decisão da corte considerando tais tipos de normas inconstitucionais. O que esta tese deverá descortinar é justamente como esta decisão anterior deve ser *considerada* diante da nova questão que a existência de um precedente coloca ao processo decisório de cortes constitucionais.

Trazendo esse problema da teoria da argumentação constitucional à realidade nacional, atualmente o STF parece não compreender a importância de discutir estas camadas argumentativas adicionais que precedentes acrescentam. Uma coisa é manter um precedente argumentando que as razões discutidas anteriormente permanecem corretas ou melhores do que aquelas agora discutidas; algo bem distinto é admitir a existência de razões melhores do que as utilizadas anteriormente para solucionar a mesma questão jurídica, mas, ainda assim, não modificar a posição passada por acreditar que a estabilidade, a segurança, a igualdade ou algum outro valor político-normativo merece ser protegido. Neste segundo movimento o precedente não é só um veículo de razões substantivas, mas passa ele próprio a ser uma razão que impede sua modificação. Ainda que juízas acreditem que a decisão anterior foi um erro ou que interpretou de maneira subótima determinada lei, a fidelidade a determinado valor normativo justificaria a manutenção do quadro interpretativo.[11]

Diante do questionamento qualificado ou *sui generis* que a decisão sobre superar ou não precedentes coloca, o STF carece de critérios para racionalizar o diálogo horizontal entre suas decisões.[12] A manutenção ou a superação de precedentes é realizada mais por referenciais intuitivos e casuísticos do que pelo atendimento a pressupostos e métodos previamente estabelecidos.[13] O quadro paradoxal atestado por pesquisas empíricas ilustra um estado da arte em que as citações e transcrições de votos anteriores se reproduzem facilmente, mas quase sempre com a finalidade de confirmar as posições jurídicas do momento.[14] Assim, o precedente só parece ter sua normatividade considerada quando é útil ao alcance de determinada preferência decisória. O fenômeno finda por convolar-se em fonte

---

[11] A discussão sobre qual ou quais valores políticos ou jurídicos podem legitimar a manutenção de decisões avaliadas como equivocadas será tratada no capítulo 3 da tese.

[12] José Rodrigo Rodriguez, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

[13] Samuel Barbosa, "Constituição, democracia e indeterminação social do direito", *Novos Estudos Ceprab* 96 (2013), p. 33-46. p.39.

[14] Dimitri Dimoulis; Luciana Gross Cunha; Luciana Oliveira Ramos. (Orgs.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*, São Paulo: Direito GV (2014), p. 64. Carlos Ari Sundfeld; Henrique Motta Pinto. *Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira*. In: Vojvodic et al (Orgs.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

de contestação ao exercício da função jurisdicional do STF, erodindo a legitimidade da atuação do órgão.

1.3 RECORTE TEMÁTICO

Os estudos sobre precedentes podem ser divididos em duas grandes classes. Uma primeira investiga a amplitude ou o alcance da definição de precedente (*precedential scope).*[15] Incluem-se aqui, por exemplo, pesquisas sobre quais parcelas da decisão poderiam ser consideradas vinculantes (*ratio decidenti* e *obter dicta*) ou discussões a respeito de como semelhanças e diferenças fáticas e jurídicas influenciam a aplicabilidade de decisões anteriores a novos casos. Nessa primeira classe importa questionar, por exemplo, quais parcelas de uma decisão anterior devem ser analisadas para saber se uma decisão funcionaria ou não como precedente para um caso presente. Uma segunda classe está voltada para discussões sobre a dinâmica e os efeitos da propriedade vinculativa dos precedentes (*precedential strength).*[16] Aqui o interesse é decifrar as propriedades da autoridade de tais decisões, ou seja, como elas se impõem argumentativamente e institucionalmente dentro do sistema jurídico.[17]

Existem esforços acadêmicos que transitam entre as duas dimensões descritas.[18] Esta tese, no entanto, inscreve-se dentro da segunda classe apresentada. A preocupação central não é saber como diferenciar razões vinculantes e persuasivas dentro de decisões constitucionais, nem mesmo se são as semelhanças fáticas ou jurídicas que devem ser consideradas para identificar uma decisão como um precedente a ser seguido. As discussões estarão concentradas na justificação da autoridade de precedentes constitucionais e os problemas argumentativos que emergem quando esta autoridade é desafiada por situações de contestação. No momento em que a pergunta fundamental da tese entra em cena (quando um precedente contestado deve ser mantido?), já não mais está em xeque se determinada decisão é um precedente aplicável ao caso em julgamento ou que parcela da decisão anterior

---

[15] Randy J. Kozel, "The Scope of Precedent", *Michigan Law Review*, 113 (2014), p. 179-230.

[16] Randy J. Kozel, "Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent", *Texas Law Review*, 91 (2013), p. 1844-1896.

[17] Em sentido semelhante, diferenciando argumentação com precedentes de argumentação por precedentes: Katharina Stevens, Reasoning by precedent. Tese de Doutorado. Doutorado em Filosofia. *University of Windsor*, 2016.

[18] Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*: a *justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

seria vinculante. A discussão específica diz respeito a como a contestação à autoridade do precedente será controlada racionalmente.

Não se deve esperar, contudo que o problema jurídico da superação de precedentes seja resolvido pelo presente trabalho. Assim como outras questões jurídicas, o tema enfrentado pela tese é um problema-dilema que não é manejável via "soluções eureka",[19] ou seja, respostas definitivas capazes de pacificar ou eliminar o debate colocado. Ao invés de respostas estabilizantes, esses tipos de problemas permitem promover reflexões permanentes a fim de que se alcance sempre a melhor solução provisória. É nesse sentido que a proposta é *uma* proposta normativa entre várias possíveis para que se possa avaliar como correta ou não situações nas quais se revertam decisões anteriores em cortes constitucionais.

Mesmo compreendida como uma solução limitada, entendo que minha proposta normativa oferece três virtudes que a tornam relevante para o debate: (i) o reconhecimento do ambiente de incerteza normativa e epistêmica diante do qual cortes têm que decidir e re-decidir questões constitucionais; (ii) a defesa de que a fidelidade a precedentes não é, por si só, um instrumento que promove a igualdade e a segurança jurídica na aplicação do direito, mas sim uma ferramenta que possibilita gerir e controlar a incerteza que permeia a interpretação jurídica; e (iii) o oferecimento de uma fórmula argumentativa que permite inserir os precedentes no contexto de incerteza decisória, a fim de controlar racionalmente a maneira pela qual a sua autoridade pode ser avaliada por cortes do presente.

Por fim, o recorte da pesquisa lança seu foco na construção desta teoria normativa para casos nos quais cortes constitucionais discutem de forma expressa a possibilidade de superação de uma decisão anterior. Não se nega que um dos principais problemas relacionados à aplicação de precedentes em cortes constitucionais diz respeito às estratégias institucionais e políticas conduzidas por seus membros para erodir a autoridade de decisões anteriores. No STF, por exemplo, há possibilidade de serem inventariados diversos caminhos informais pelos quais precedentes avaliados individualmente ou institucionalmente como problemáticos podem ser descartados, caminhos que vão da monocratização à fragmentação do processo decisório.

O objeto da teoria normativa de caráter argumentativo que se pretende formular é, no entanto, outro. Pretende-se lidar com casos nos quais a jurisdição constitucional se vê forçada a analisar novamente uma questão jurídica que lhe é posta à luz da decisão que anteriormente preferiu sobre este mesmo tema. Esse constrangimento à reanálise da decisão

[19] Diego Werneck Arguelhes, "O Supremo que não erra", in: Oscar Vilhena Vieira; Rubens Glezer (Org.), *A Razão sem Voto: Diálogos com Luís Roberto Barroso.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61-81, p. 68.

anterior e de seus fundamentos pode ter variadas origens, indo desde a existência de pressão social, passando pela influência exercida pelos membros do tribunal entre si, ou mesmo pelo constrangimento institucional operado por outros poderes políticos.

O fato de um tribunal estar a empregar determinada linha argumentativa ao justificar seus processos de superação de precedentes também não quer dizer que tais argumentos sejam os reais motivos que levam o tribunal a modificar ou manter determinada posição. Trabalhos empíricos, do direito ou da ciência política, podem ser capazes de demonstrar que precedentes são mais comumente superados quando sofrem críticas ou reações institucionais do Executivo, por exemplo. O fato é que, principalmente em caos de relevo, essas motivações extrajurídicas serão necessariamente traduzidas para uma argumentação jurídica a fim de legitimar a manutenção ou superação do precedente. É especificamente no espaço do controle das razões que cortes utilizam para legitimar suas operações de superação de precedentes que a teoria normativa aqui talhada quer se inserir.

1.4 OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS

O objetivo geral é estipular as condições normativas para a derrotabilidade da autoridade horizontal das decisões de cortes constitucionais. A elaboração destas condições normativas compreende tanto a definição dos fundamentos teóricos que sustentam a autoridade de decisões anteriores na jurisdição constitucional quanto a definição de métodos e técnicas que controlem a incerteza no processo de enfrentamento à autoridade de uma decisão anterior. Para alcançar esse objetivo geral a tese investirá na interseção entre os temas da *common law* e da jurisdição constitucional e tratará de três objetivos específicos distintos:[20]

(i) Descortinar quais são os fundamentos normativos da vinculação a decisões que têm sua autoridade horizontal contestada em cortes constitucionais. A tarefa aqui proposta será desenvolvida em dois momentos. Em um primeiro momento será apresentado o tipo de autoridade que precedentes horizontais representam Esta apresentação será feita pelo conceito de autoridade parcialmente

[20] Conrado Hübner Mendes, *Resenha do Livro A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree. De W. J. Waluchow*, <diposnível em http://www.sbdp.org.br/resenhas_ver.php?idConteudo=1, último acesso em: 12.6. 2016>.

independente do conteúdo.[21] Em seguida, objetiva-se escrutinar quais seriam os fundamentos normativos deste tipo específico de autoridade.

(ii) Mapear e classificar as diferentes formas de contestar argumentativamente a autoridade de decisões anteriores. O objetivo aqui é apresentar uma classificação dos argumentos pelos quais decisões anteriores são contestadas em cortes constitucionais, dissecando como cortes constroem seus juízos de erro sobre precedentes. Com este objetivo pretende-se responder à seguinte pergunta: em quais tipos de controvérsias argumentativas cortes constitucionais se enredam para discutir se seus precedentes devem ser superados ou não? A necessidade de responder a essa questão deriva da suposição de que argumentos de naturezas diferentes e baseados em graus de certeza diversas implicam desafios específicos a uma teoria normativa para superação de precedentes;

(iii) Definir parâmetros e metodologias argumentativas para avaliar a correção das superações de precedentes em cortes constitucionais. Aqui serão apresentadas as ferramentas analíticas da teoria dos princípios para controlar racionalmente a decisão por superar ou não precedentes.

1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO

No capítulo 2 a tese busca explicitar conceitualmente o que é a autoridade horizontal de precedentes na jurisdição constitucional, denominada de autoridade parcialmente independente do conteúdo. O detalhamento do que é este tipo de autoridade se dará com a apresentação de duas categorias: a tese das razões especiais e o conceito de princípios formais. A tarefa de explicitação conceitual desenvolvida pelo capítulo possui duas etapas. Primeiro se define um conceito de autoridade horizontal do precedente capaz de sustentar a tese das razões especiais e o conceito de precedentes enquanto princípios formais para, em seguida, demonstrar através de uma revisão de literatura sobre superação de precedentes em cortes constitucionais como o tipo de autoridade indicado pela tese é normativamente aceito na jurisdição constitucional.

O capítulo 3 discutirá quais são os fundamentos normativos que contornam a autoridade horizontal dos precedentes apresentada no capítulo 2. Uma variação específica

[21] A definição da autoridade de precedentes horizontais enquanto uma autoridade parcialmente independente de seu conteúdo será explorada no capítulo 2 da tese.

do fundamento da segurança jurídica é identificado como o melhor argumento em favor de uma autoridade horizontal parcialmente independente do conteúdo. Segundo esta variação, precedentes devem ser seguidos mesmo quando sua posição jurídica não for avaliada como a melhor pelas cortes do presente, na medida em que ele fornece um guia decisório em situações de incerteza quanto ao conteúdo do direito.

O capítulo 4 tratará de qualificar as formas de contestação da autoridade de decisões anteriores. Para isso classificará os juízos de erro que cortes do presente direcionam a cortes do passado em juízos fundamentados em desacordos interpretativos e juízos baseados em desacordos não interpretativos. Esta classificação será realizada recorrendo a diversos casos de cortes constitucionais em que a derrogação de decisões do passado foi discutida. Para além de uma tipologia das formas de contestar precedentes, o capítulo argumentará que estes desacordos são sustentados por graus variados de incerteza epistêmica. Ou seja, argumentações de cortes do presente que pretendem mostrar que precedentes estão equivocados variam em relação ao nível de certeza de suas premissas normativas e empíricas. As descobertas são importantes na medida em que a manutenção da autoridade de uma decisão do passado dependerá do grau de certeza que a corte do presente possua quanto ao que a constituição ordena, garanta ou proíba. A certeza ou incerteza sobre como a constituição determina que um direito fundamental seja interpretado será, por sua vez, equivalente à certeza ou incerteza sobre o acerto da decisão precedente.

Por fim, o capítulo quinto apresentará o sopesamento de princípios formais como modelo para racionalização de situações de superação de precedentes. Será argumentado que o ferramental analítico fornecido pela teoria dos princípios, em específico pelo conceito de princípios formais, é útil para criar parâmetros normativos que regulam tanto situações de incerteza empírica quanto situações de incerteza normativa.

1.6 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

Antes de ingressar na estrutura da tese indicada acima acredito ser necessário destrinchar certos pressupostos que estarão presentes de maneira mais ou menos implícita ao longo dos capítulos seguintes. O fato de que tais pressupostos não venham a ser desenvolvidos com mais vagar na sequência do trabalho faz com que breves avanços nesta introdução sejam necessários.

1.6.1 O que são precedentes constitucionais?

Definir o conceito de precedente judicial é responder como se enxerga a relação entre o passado e o presente decisório em instituições jurisdicionais.[22] Há diversas maneiras de descrever a forma como a decisão de uma corte do passado (*C1*) influencia a decisão de uma corte do presente (*C2*) sobre a mesma questão jurídica.

Uma estratégia comum em pesquisas empíricas sobre precedentes judiciais é acolher um conceito amplo de precedente.[23] Ao não se comprometer com nenhuma das várias teorias sobre a categoria, o ganho imediato é abarcar a análise das diversas formas com que as cortes aplicam a ideia de precedente judicial. As fórmulas amplas geralmente assumem que os precedentes são elementos que guiam nossa razão prática, mas não necessariamente aprofundam como essa razão é conformada, a sua natureza e os seus efeitos. Foi utilizando essa estratégia, por exemplo, que Adriana Vojvodic identificou que as diferentes funções exercidas pelo STF no sistema jurídico nacional implicam formas distintas de lidar com decisões passadas.[24]

Segundo a tese de Vojvodic, em sua atuação como corte recursal o STF utilizaria precedentes como *filtros*, impedindo a afetação de seus órgãos colegiados quando decisões anteriores já tenham discutido teses que lhe são novamente colocadas. Nesse cenário, seria o precedente um instrumento de gestão do exacerbado volume processual que aflui à corte. Enquanto corte constitucional, por seu turno, o precedente seria uma molécula do que Vojvodic classifica como *jurisprudência de reiteração*. A partir da repetição dos dispositivos ou ementas das decisões anteriores, o tribunal fixaria e fortaleceria sua

---

[22] Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedente*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

[23] Exemplo de pesquisa empírica que adota esta estratégia: "Essa grande divergência, contudo, pode ser contornada com a adoção de um conceito amplo de precedente, que é especialmente útil em pesquisas empíricas porque não depende da adoção de determinada teoria que pode revelar-se, na opinião de outros pesquisadores, indevidamente restritiva. Nesse sentido, é preciso adotar um conceito que não se identifique nem com o sistema de *civil law* nem como o sistema de *common law*, mas que possa abranger elementos presentes em ambos." Luciana Gross Siqueira Cunha et al, Um balanço da Reforma do Judiciário: efeitos práticos das reclamações constitucionais e da repercussão geral no STF e no TJSP. *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – FGV DIREITO SP*. Relatório à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), Luciana Gross Siqueira Cunha et al (Org). 2017, p. 16.

[24]"A observação da atuação do tribunal nos dias de hoje impossibilita, assim, que se fale em uma única função da jurisprudência e, dessa forma, em um único tipo de uso de precedentes pelo Supremo. Há de se compreender, assim, que essas funções diferenciadas convivem em uma única instituição e que a escolha por um único modelo teórico que explique o uso de precedentes não responder satisfatoriamente à questão sobre o que são precedentes no STF e qual é seu papel na argumentação da corte." Adriana Vojvodic, "Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro". Tese de Doutorado. Doutorado em Direito. *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2012, p. 96.

jurisprudência sobre questões semelhantes envolvendo direitos fundamentais.[25] Para ambas as funções, contudo, a autora conclui que o modelo de precedente encampado possuiria uma natureza positivista ou formalista, ou seja, o tribunal não se debruçaria sobre os argumentos substantivos ou sobre a correção da decisão anterior, tomando-a como um "dado externo", correto e vinculante.

Os conceitos de *jurisprudência de reiteração* e de *precedente filtro* indicam que o STF seria um tribunal que mobilizaria a força normativa de suas decisões anteriores ao elaborar decisões no presente. A contribuição relevante da pesquisa empírica de Vojvodic é afastar o diagnóstico simplista de que os precedentes nada valem ou nada significam dentro da dinâmica decisória do STF. O fato de que uma decisão anterior seja utilizada no modelo de regras, sendo referenciada pela sua ementa ou mesmo apenas pelo seu número, não é por si só uma característica capaz de desvirtuar uma prática precedental.[26] Estes traços podem trazer até vantagens, na medida em que a aplicação de precedentes pela via de um modelo de regras fortaleceria a autoridade das decisões pretéritas do tribunal. No entanto, o diagnóstico de Vojvodic aponta também para os limites de uma prática precedental baseada num modelo positivista do precedente. Tais limites relacionam-se à capacidade do modelo de regras servir a um tribunal que, para além de garantir previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, é responsável por desenvolver a intepretação do direito.

Para além das descobertas gerais sobre o uso da ideia de precedentes no STF, uma conclusão mais específica de Vojvodic será útil para que a presente tese defina a sua própria concepção de trabalho sobre o que são precedentes constitucionais. Vojvodic aponta que os casos nos quais o STF reverte uma posição anteriormente estabelecida convidam a corte a trabalhar de uma maneira argumentativamente mais complexa com suas decisões anteriores:

> Em nenhuma das duas situações apresentadas acima, seja na previsão da prisão do depositário infiel, seja na alteração do entendimento do tribunal a respeito da natureza do mandado de injunção, a mudança de entendimento do tribunal deu-se em face a uma decisão isolada. O conjunto de precedentes citados demonstra, assim, que o posicionamento do tribunal que teve de ser afastado não se encontrava

[25] "A análise da argumentação das decisões, segunda fase do estudo proposto, voltou-se ao processo pelo qual o tribunal constrói a regra a ser aplicada ao caso novo, com base nos elementos presentes nos casos citados como precedentes. Essa análise permitiu verificar que o precedente é identificado e aplicado aos casos novos com base exclusivamente no dispositivo das decisões anteriores. Chegou-se a percepção de que nesses casos o STF adota uma visão positivista de precedentes, segundo a qual o elemento capaz de influenciar a tomada de decisão do juiz é simplesmente a conclusão da decisão anterior, e não o processo argumentativo presente nela." Adriana Vojvodic, *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal*, p. 226.

[26] Jan Komarek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011*.London School of Economics and Political Science: 2011. Disponível em: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2011-04_Komarek.pdf. Acesso em 05 fev. 2016

> em uma única decisão, mas em uma corrente jurisprudencial sólida, o que dificultaria sua superação. Essa circunstância pode explicar o porque de um resgate tão intenso da jurisprudência do tribunal. Não se tratava, assim, de justificar uma alteração pontual, mas mudar todo um entendimento que vinha sendo reafirmado pela corte e que precisava ser muito bem justificado. Trata-se de uma situação extrema, já que uma tal alteração jurisprudencial não ocorre com frequência. Ainda assim, a atitude dos ministros nessas situações se mostrou responsável e consciente da necessidade de legitimação da sua tomada de decisão, da sua natureza contra-majoritária e detentor, em certa medida, da última palavra sobre temas constitucionais. [27]

A autora dá a entender, pois, que quando a decisão do STF está sendo observada de maneira mais atenta pela opinião pública, por determinados atores sociais relevantes ou pelo próprio Judiciário, ou mesmo quando a discussão de determinado tema envolve uma posição jurisprudencial consolidada, a argumentação conduzida para superação do precedente anterior possui características não presentes em outras operações com precedentes judiciais:

> A forma como a superação de precedentes foi conduzida pelo STF, dessa maneira, confirma a impossibilidade de entendermos o tratamento do precedente pelo tribunal como algo completamente arbitrário e de posição secundária na argumentação. Quando está diante de uma situação que pode levar a um comportamento que coloque em xeque a sua legitimidade, o Supremo se mostra consciente da necessidade de respeito ao que foi decidido anteriormente, fazendo um nítido esforço em justificar a alteração de seu posicionamento.[28]

As constatações de Vojvodic importam de forma especial à definição de precedentes constitucionais adotada pela tese. Possuindo esta investigação um caráter normativo, faz sentido desde já estreitar suas definições sobre o conceito de precedente judicial e sobre o que significa superar um precedente. Por buscar a tese regular a superação da autoridade de precedentes em casos nos quais cortes constitucionais realizam uma derrogação expressa da norma judicial até então válida, faz-se necessário trabalhar com um conceito pós-positivo de precedente judicial.[29] Neste contexto, os precedentes constitucionais horizontais trabalhados

---

[27] Adriana Vojvodic, "Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal", p.147.

[28] Adriana Vojvodic, "Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal", p.152.

[29] O conceito de pós-positivismo incorporado pela tese representa a superação das duas teses fundamentais do positivismo jurídico: (a) a tese das fontes sociais do direito, pela qual determina-se o que é o direito (estabelecendo-se seus limites), examinando o sistema normativo institucionalizado, isto é, posto pelo Estado e (b) a tese da autonomia do direito em relação à moral, que pressupõe a inexistência de uma conexão necessária entre direito, política e moral. Superada a primeira tese, acolhe-se um conceito de fontes jurídicas que não se escora somente na institucionalidade. É dizer, embora a positividade não mereça ser de todo esquecida, não será ela a única dimensão pela qual se julgará a normatividade jurídica. A superação da segunda tese, por seu turno, fará com que a moral seja ao mesmo tempo um limite e um ideal à aplicação do direito. Enquanto limite, ela implica que, em casos extremos, regras jurídicas possam ser invalidadas por desacordos morais. Como ideal, a invasão da moral assume a pretensão de correção do discurso jurídico. É dizer, não se pode aplicar o direito afirmando sua injustiça, mas sim sua adequação moral. Cf. Thomas Bustamante, *Teoria do precedente judicial*, p. 167.

pela tese serão definidos como princípios formais, ou seja, normas jurídicas de caráter principiológico oriundas de determinada decisão judicial solucionadora de uma colisão entre direitos fundamentais e que devem ser, *prima facie*, aplicadas caso colisão semelhante seja rediscutida pela mesma corte que a concebeu.

Precedentes horizontais não são, pois, regras, na medida em que não estabelecem razões definitivas. Seu caráter principiológico denota que suas razões possuem uma dimensão de peso ou de força. Enquanto uma razão não definitiva, ou *prima facie*, a vinculação a precedentes horizontais dependerá do balanço entre a razão do precedente e outras razões em jogo. O precedente constitucional é norma pois representa uma norma atribuída ou adscrita a determinada colisão entre direitos fundamentais resolvida no passado e referente a um específico âmbito de aplicação; e esta norma possui caráter *prima facie* pois é passível de ser derrotada argumentativamente.[30]

Enquanto princípios formais, precedentes apresentam características comuns aos princípios materiais, mas deles se diferenciam. Quanto às semelhanças, tanto princípios formais quanto materiais são mandados a serem otimizados, ou seja, são normas que requerem que *algo* seja realizado na maior extensão possível em função das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. A diferença fundamental se dá justamente em relação à definição do que é este *algo* a ser otimizado. Enquanto os princípios materiais são otimizações de conteúdos substantivos como igualdade, liberdade de reunião ou liberdade de imprensa, os princípios formais otimizarão decisões jurídicas tomadas por determinada autoridade de forma independente de seus conteúdos.[31]

Enquanto normas atribuídas ou adscritas, precedentes possuem três elementos: um antecedente, um consequente e um fundamento. O antecedente será a questão jurídica que o precedente soluciona. Ao afirmarmos que em 2008, ao julgar em conjunto os Recursos Extraordinários (REs) nº 349.703, nº 466.343 e o Habeas Corpus (HC) nº 87.585[32], o STF revogou sua posição anterior estabelecida em 1996 no Habeas Corpus nº 72.131[33] e passou a entender como inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, estamos a afirmar que tais casos se debruçam sobre a mesma questão jurídica: é a possibilidade de prisão civil do

---

[30] A definição da norma estabelecida por um precedente como dever *prima facie* é encontrada tanto em sistemas inseridos no *common law* quanto no *civil law*: Cf. Robert Alexy; Ralf Dreirer, "Precedent in the Federal Republic of Germany", in Neil MacCormick; Robert Summers (orgs.), *Interpreting Precedents*, Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 36. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, p. 23

[31] Robert Alexy, Formal principles: Some replies to critics, *Icon* 12 (2014), p. 511–524, p. 515-516.

[32] HC 87585, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

[33] HC 72131, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995.

depositário infiel constitucional? O consequente é a própria interpretação que o precedente estabelece. No caso exemplificado, a inconstitucionalidade da prisão civil é a norma estabelecida pelos REs e revogadora da norma anterior que havia sido estabelecida pelo HC nº 72.131. O fundamento é o que sustenta a conexão entre o antecedente e o consequente. Embora no caso mencionado – assim como em diversos outros do STF – seja difícil identificar um fundamento institucional para mudança, podemos dizer, por exemplo, que a força normativa do Pacto de San Jose da Costa Rica foi uma das razões para a alteração do entendimento

A definição de precedentes judiciais como princípios formais não é exclusividade ou inovação da tese.[34] A função mais discutida dos princípios formais dentro da teoria dos princípios, contudo, não diz respeito à forma como precedentes judiciais podem conter ou controlar a atividade de uma corte do presente em face de uma corte do passado, mas sim às formas como tal categoria limita a expansão da jurisdição constitucional frente à liberdade ou discricionariedade legislativa. Nessa discussão, a competência do legislador ou a sua legitimidade democrática são vistas como princípios formais que devem ser observados em discussões sobre a inconstitucionalidade ou não de normas. Utilizar a categoria dos princípios formais para conceituar os precedentes cumprirá outra função. Aqui, o objetivo não é utilizar o conceito de princípio formal para limitar a discricionariedade do legislador, mas sim para controlar a discricionariedade judicial das cortes constitucionais no momento em que discutem a derrogação de interpretações previamente estabelecidas. Esta tarefa, por óbvio, demandará da tese examinar quais são os fundamentos que podem sustentar a própria ideia de precedentes enquanto princípios formais.

1.6.2 Precedentes constitucionais e julgamentos de casos abstratos

Conceituar precedentes constitucionais como princípios formais auxilia a tese a atravessar dois aspectos essenciais na busca pela resposta à pergunta da pesquisa: (i) a necessidade de explicar a argumentação com decisões anteriores no nível horizontal e (ii) a necessidade de explicar a argumentação com decisões anteriores em questões colocadas no contexto específico da jurisdição constitucional.

---

[34] Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais", in Fernando Alves Correia et al (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v.3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937, p.922.

Em relação ao primeiro aspecto, a visão pós-positivista permite que analisemos a força de precedentes não apenas pelo seu caráter autoritativo, mas também pelo seu aspecto argumentativo. Utilizar ou não precedentes em nível horizontal deixa de ser apenas uma questão de aplicação, demandando necessariamente um discurso de justificação[35]. Como superar é necessariamente corrigir, modificar ou erodir a normatividade de uma decisão jurídica anterior, a decisão ou dispositivo superado não estará atuando de maneira puramente autoritativa frente à corte que a supera, abrindo margem para a sua desconstrução argumentativa. As situações nas quais a autoridade das teses estabelecidas é expressamente contestada representará uma atuação pós-positivista do tribunal, em que ele estará inclinado a acessar as razões sustentadoras da sua conclusão anterior.

Em relação às especificidades da operação com precedentes na jurisdição constitucional, mais merece ser dito. Definir se uma decisão anterior serve ou não de precedente para a resolução de um caso presente é uma escolha normativa que pode variar de acordo com a teoria do precedente que se adota.

Há quem defenda que aplicar precedentes significa aplicar, em uma decisão do presente, uma norma completamente definida por uma decisão do passado.[36] Para essas correntes, denominadas por Stevens de perspectivas do precedente baseadas no modelo de regras, precedentes possuem dois componentes: o predicado factual e o consequente jurídico. O predicado fático são as categorias fáticas generalizáveis e plenamente definidas por uma decisão anterior. Tal predicado estará totalmente contido na *ratio decidendi* do precedente e se uma decisão de *C2* pretende denominar uma decisão de *C1* como precedente, necessário se faz demonstrar que o caso presente está subordinado ao mesmo predicado fático da situação anterior. O consequente é, por sua vez, a determinação jurídica do que deve ocorrer diante dos fatos do caso.[37] Esse modelo de aplicação do precedente baseado em regras é caracterizado, pois, pela possibilidade de identificação de um predicado fático já pronto e acabado em uma decisão anterior. A conjunção desse predicado fático com o consequente compõe o precedente.

Perspectiva diversa do modelo precedental de regras é o modelo baseado em similaridades. Dentro de tal perspectiva, a argumentação com precedentes ocorre quando se identificam similaridades importantes ou relevantes entre o caso passado e o caso presente,

---

[35] Robert Alexy, "Justification and application of norms", *Ratio Juris* 6 (1993), p. 157-170, p. 169.
[36] Katharina Stevens, *Reasoning by precedent*, p. 14.
[37] Katharina Stevens, *Reasoning by precedent*, p.16.

ou seja, a construção do discurso de similaridade entre os dois casos comparados é a base para utilização da argumentação com precedentes.

Duas são as principais diferenças entre o modelo de similaridade e o modelo de regras, sendo justamente estas duas caraterísticas que permitirão suprir duas necessidades que a tese tem ao analisar precedentes na jurisdição constitucional.

A primeira é o papel que o modelo da similaridade reserva ao caso presente na argumentação. Como visto, o modelo de regras pressupõe o argumento de que o conteúdo da norma precedental está completamente estabelecido pelo próprio precedente. No modelo de similaridade a existência de similaridades relevantes entre os dois casos analisados não depende apenas do caso precedente, sendo construída também pela argumentação desenvolvida no próprio caso do presente. Tanto os elementos do caso presente quanto os elementos do precedente interagem a fim de definir se similaridades importantes podem construir a relação entre os casos.

Suponhamos que o STF venha a julgar como constitucional uma lei hipotética que permite a interceptação de dados telefônicos em investigações sobre crimes de corrupção. Em seguida é contestado no mesmo STF uma outra lei hipotética que passa a permitir a condução coercitiva de investigados exclusivamente em casos de corrupção. As normas aparentemente tratam de restrição a direitos fundamentais distintos. No entanto, o modelo da similaridade permite que as juízas do presente interpretem a decisão do passado de forma a construir uma relação entre os dois casos – o fato de que ambas as restrições se relacionam ao combate aos crimes de corrupção –, permitindo assim de que a decisão do passado venha a exercer carga autoritativa sobre a decisão do presente.

No contexto de argumentação com precedentes constitucionais, essa característica permite discutir a responsabilidade das julgadoras do presente na argumentação com precedentes. A autoridade de uma decisão do passado pode derivar totalmente da maneira pela qual juízas do presente interpretam seus argumentos? Ou essa autoridade pode ser condicionada de alguma forma pela força com a qual a própria corte do passado engendrou e expressou sua posição?

A segunda é que não há necessidade de que o caso precedente estabeleça necessariamente um predicado fático para que as similaridades sejam identificadas. O juízo de similaridade pode ter por base a semelhança da questão jurídica colocada, a presença de princípios jurídicos afins ou a relação analógica entre fatos. Questões trabalhadas por cortes constitucionais nem sempre envolvem predicados factuais em suas razões de decidir. O controle abstrato de constitucionalidade, tal qual realizado pelo STF, é um controle de leis

que não envolve sua aplicação a uma situação fática específica. Daí ser necessário que os juízos de similaridade entre as decisões se dê pela análise entre colisões de princípios e regras jurídicas que definem determinado problema jurídico. Um caso do passado será precedente de um caso do presente quando a questão jurídica suscitada por ambos demande a interpretação dos mesmos princípios ou regras jurídicas. Isso não quer dizer que os elementos fáticos que circundam os casos deixem de ter importância. Como se verá, a própria definição interpretativa do conteúdo de normas, regras ou princípios depende de variáveis fáticas. No entanto, nos julgamentos de casos constitucionais abstratos o elemento direto que deve ser observado para construir a similaridade não adviria do plano fático em si, mas do conteúdo das normas jurídicas que estão em discussão.

1.6.3 O que é superar precedentes constitucionais?

Assim conceituado o que é o precedente constitucional para a pesquisa, pode-se conceituar o que vem a ser a superação de um precedente. Superar precedentes significa a perda da autoridade de uma tese jurídica ou de uma interpretação jurídica que resolve um problema jurídico determinado. O *overruling* compreende, pois, a erosão da autoridade dos fundamentos anteriormente construídos para sustentar a posição que até então solucionava determinada questão jurídica.

A superação de precedentes para esta tese é, assim, um tipo de derrotabilidade interpretativa, ou seja, representa a revogação de uma norma que havia sido atribuída a determinada colisão de direitos fundamentais em uma decisão anterior. Essa revogação interpretativa é realizada pelas vias argumentativas, é dizer, a norma atribuída do presente e a norma atribuída do passado concorrem argumentativamente pela validade para determinar o mesmo âmbito de aplicação de determinados princípios jurídicos. Afasta-se, aqui, de perspectivas positivistas que enxergam a dúvida sobre seguir ou não precedentes como algo externo ao próprio conteúdo da decisão, solucionável apenas com o acesso ao sistema de autoridades que envolvem sua aplicação.[38]

Bem conceituar o *overruling* também passa por diferenciá-lo do *distinguishing*. Embora ambas as técnicas possam ser classificadas como formas de se afastar

[38] Gerald Postema, "Some roots of our notion of precedent", in Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*, Oxford: Claredon Press, 1987, p.9.

justificadamente a aplicação de um precedente judicial (*judicial departures*),[39] compreendo que a maneira pela qual o afastamento se dá em cada uma delas se diferencia substancialmente.[40] As questões que envolvem a diferenciação entre precedentes dizem respeito ao âmbito de sua aplicação, ou seja, é avaliado se as diferenças e semelhanças juridicamente relevantes entre os casos fazem com que a norma jurídica emanada pelo caso antecedente deve ou não ser aplicada ao caso posterior. Caso diferenças relevantes sejam observadas ou semelhanças essenciais não estejam presentes, o precedente deverá deixar de ser aplicado em razão do caso posterior não estar incluso na hipótese de incidência do precedente. Não haverá ab-rogação ou substituição de uma norma de decisão por outra, apenas a construção de uma segunda norma para regrar uma situação diferente da que o julgamento anterior produziu.

Com a superação de precedentes, contudo, está à mesa um caso para o qual o precedente se amolda perfeitamente. Não há mais divergência sobre a incidência da norma construída no passado à situação presente, passando a ser discutida a correção da justificação sobre o processo de superação da norma atribuída. Utilizando a distinção já abordada acima, as questões envolvendo *distinguishing* ingressariam nos estudos sobre a amplitude da aplicação de precedentes (*precedential scope)*, não se afetando diretamente aos debates sobre a justificação da autoridade precedental.

1.6.4 Superação de precedentes e gestão da incerteza no direito

O nível de estabilidade jurídica de um ordenamento é uma das mais importantes medidas de sua legitimidade.[41] Ainda assim, a incerteza sobre o que o direito comanda – ordena, garante, proíbe ou faculta – é ínsita ao fenômeno jurídico. Isso não ocorre apenas porque o direito se manifesta por meio da linguagem, que conterá necessariamente vaguezas e ambiguidades, mas porque diferentes concepções de Estado de Direito promoverão e incentivarão de formas distintas a indeterminação do conteúdo do direito enquanto valor político e jurídico.[42] Essa afirmação não é infirmada pelo fato de que esse mesmo Estado de

---

[39] Sven Eng. The doctrine of precedent in English and Norwegian law – some common and specific features. *Scandinavian Studies in Law*, n. 39, p. 275-324, 2000.

[40] Em sentido contrário, compreendendo que *overruling* e *distinguishing* se equivalem: Larry Alexander; Emly Shervwin. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008, p. 125.

[41] Aulis Aarnio, *Reason and Authority*: *treatisy on dynamic paradigm of legal dogmathics*, Cambridge: Darthmouth, 1997, p. 192.

[42] Thomas da Rosa Bustamante, "Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós positivismo de MacCormick", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 106 (2013), p. 263-313, p. 276-277.

Direito também ponha em relevo a segurança, a estabilidade e a previsibilidade como valores que lhe são caros. Parte da prática jurídica consiste justamente em dar concretude a normas à luz de uma normatividade informada por valores à primeira vista antagônicos.

Ao mesmo tempo em que institutos processuais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou ações constitucionais como a Reclamação Constitucional buscam garantir que as interpretações das cortes judiciais tenham conteúdo estável e coerente, a incerteza é também institucionalmente incentivada desde o momento em que se concede o contraditório às partes de um processo cível até o ponto em que o ordenamento permite a revisão de súmulas vinculantes do STF pelo próprio STF.

Reconhecer que o direito é composto não por comandos definitivos, mas sim por conteúdos provisórios e potencialmente superáveis, é essencial para reconhecer até que ponto podemos controlar a indeterminação no direito.

Em *Incerteza, Jurisdição e Estado de Direito*, Falcão, Schuartz e Arguelhes diferenciam dois tipos de incerteza quanto à definição do conteúdo do direito: a incerteza patológica e a incerteza normal. Interpretações jurídicas que não correspondem às expectativas subjetivas dos participantes da prática jurídica originariam incertezas patológicas em relação ao conteúdo do direito.[43] Há fatores patológicos que ingressam no raciocínio jurídico e conduziriam à incerteza patológica, tais quais a corrupção, a proximidade pessoal das julgadoras às partes ou a presença de motivações ideológicas. A incerteza patológica não se confundiria com a variação aceitável do conteúdo do direito, presente quando há dúvida razoável sobre o que as normas jurídicas determinam. A incerteza normal ou própria do direito, por sua vez, seria derivada das próprias características estruturais do sistema jurídico e por isso comportamentos classificados dentro da incerteza normal não seriam criticáveis.

Mas como identificar se estamos diante de uma definição do conteúdo jurídico que expressa um caso de incerteza normal ou patológica? Segundo os autores, essa diferenciação passaria pela construção de uma "teoria do erro jurídico" relativa à decisão judicial:

> Nesses termos, uma decisão cujo conteúdo é patologicamente incerto é, portanto, uma função da "distância" entre o que diz a decisão, de um lado, e o que diz a lei

[43] Isso não significa, na visão dos autores, que o direito sirva para se amoldar a toda e qualquer expectativa das agentes afetadas pelo direito. "É somente a legitimação jurídica de uma expectativa que torna a sua proteção e a sua realização exigíveis em nome do princípio da segurança jurídica, e é somente esta exigibilidade que faz da decisão que a frustra algo juridicamente criticável." Joaquim Falcão, Luís Fernando Schuartz, Diego Werneck Arguelhes, "Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito", *Revista de Direito Administrativo* 243 (2006), p. 79-111, p. 82.

> aplicável, de outro. Quanto menor essa distância, menos legítima é a expectativa frustrada, e menos patológica é a incerteza em relação à decisão que desconfirma essa expectativa. No limite, a incerteza se normaliza, e a expectativa subjetiva frustrada deixa de contar com o amparo do direito. A diferenciação entre incerteza normal e incerteza patológica pressupõe, logo, uma "teoria do erro jurídico" relativa à decisão judicial.

Embora o texto não se proponha a desenvolver pormenorizadamente o que seria sua teoria do erro, os autores indicam ser necessário que tal teoria admita que os parâmetros e limites que o próprio direito fornece à sua aplicação pelos magistrados se esgotam em algum momento, sem indicar necessariamente uma única resposta correta para muitos casos. Qualquer teoria da decisão judicial sofrerá sempre do inescapável traço de subdeterminação, ou seja, da incapacidade do direito fornecer uma resposta definitivamente correta para parte dos problemas jurídicos.[44] Teorias baseadas em um ideal de segurança jurídica absoluta que pretendam fornecer às intérpretes uma única resposta correta se provariam ingênuas ou insuficientes para lidar com a complexidade da aplicação e da interpretação do direito.

A aplicação dos tipos de incerteza desenhados no texto de Falcão, Schuartz e Arguelhes à problemática da tese faz surgir a seguinte questão: casos nos quais se discute a superação de decisões constitucionais anteriores pelo STF são hipóteses de incerteza normal ou seriam expressões de incerteza patológica no direito? Pode-se afirmar que a tese tentará desenhar os contornos da fronteira entre o que devem ser os espaços da incerteza patológica e da incerteza normal dentro da discussão sobre superação de precedentes.

Não é o momento da investigação para se aprofundar nos contornos desta empreitada, cabendo por enquanto apenas perceber que não há um único tipo de incerteza na prática jurídica e que a própria diferenciação dos tipos de incerteza será essencial para confeccionar as posturas normativas que o trabalho recomendará. Em certa medida, o que pretendo é formular uma teoria do erro para casos de superação de precedentes, identificando quais tipos de equívoco são capazes de autorizar a superação de uma decisão equivocada por uma correta.

Nesse ponto nos é útil a diferenciação realizada por Ronald Dworkin entre indeterminação e incerteza. O conceito de incerteza aqui cumpre uma função conceitual diversa da categoria trabalhada no texto de Falcão, Schuartz e Arguelhes.

---

[44] Dentro desse contexto, o grau de indeterminação basal à aplicação do direito não permite nem mesmo uma fácil identificação do conjunto de decisões corretas dentre as quais a juíza estaria "livre" para transitar sem sofrer críticas. O processo de aplicação e interpretação, composto por uma amálgama de normas, princípios e fatos relevantes não segue um curso linear, fazendo com que os próprios conjuntos de soluções possíveis aos problemas jurídicos sejam também indeterminados. Joaquim Falcão, Luís Fernando Schuartz, Diego Werneck Arguelhes, “Jurisdição, Incerteza e Estado”, p.95.

Para Dworkin, dizer ser incerto que uma determinada proposição jurídica é verdadeira ou falsa é uma afirmação diferente daquela que propõe que a verdade ou falsidade da mesma proposição é algo indeterminado. A primeira afirmação implica apenas que eu não fui persuadido suficientemente por nenhum dos lados da discussão que debate a verdade sobre uma afirmação. Ou seja, é possível chegar a um juízo sobre a verdade ou sobre a correção de determinada proposição, mas esse juízo ainda não foi alcançado e por isso a incerteza ainda reina. Afirmar que a verdade sobre determinada proposição é algo indeterminado, no entanto, implica sustentar que eu estou certo de que a proposição não pode ser identificada como verdadeira ou falsa.[45]

Suponhamos que eu tenha de decidir se o discurso de ódio deve ou não ser protegido pela liberdade de expressão. Em alguns momentos, lendo os argumentos de um lado, eu me convenço de que ofensas racistas devem ser protegidas constitucionalmente; em outras oportunidades, a leitura de teses contrárias modifica minha posição sobre o tema. Ao invés de decidir que o discurso de ódio é ou não protegido pela constituição eu decido afirmar que o caso é indeterminado. Nesse caso, a implicação é a inexistência de respostas certas ou erradas para a questão, mas apenas respostas diferentes.[46]

O ponto mais importante para a sequência da tese a ser colhido da distinção iluminada por Dworkin é o fato de que o juízo de indeterminação não é uma resposta com natureza diferente das respostas que se formulam para casos de certeza ou incerteza sobre a correção de um conteúdo do direito. Ou seja, sustentar ser a resposta para um problema jurídico algo indeterminado passa por justificar a presença desta indeterminação a partir de certa teoria normativa sobre o que o direito deve ser.[47] Afirmar que a interpretação de uma norma constitucional é indeterminada não é uma carta trunfo a ser mobilizada sempre que as intérpretes queiram pular de uma interpretação aceitável para outra, devendo ser um juízo construído argumentativamente tanto quanto uma decisão que afirma, com elevado grau de certeza, ser determinada interpretação correta ou incorreta.

1.6.5 Problemas jurídicos definidos e problemas jurídicos inéditos

---

[45] Ronald Dworkin, "Indeterminacy and Law", in Stephen Guest, Positivism Today, Cambridge: Dartmouth, 1996.

[46] Ronald Dworkin, "Indeterminacy and Law", p. 4.

[47] "It is a popular thesis, as I said, that in very hard cases at law, when the legal profession is split about the right answer, there actually is none, because law is indeterminate on the issue. This 'no right answer' thesis cannot be true by default in law more than in aesthetics or morals.(...) Since the no-right-answer claim about law is a legal claim it must rest on some theory or conception of law". Ronald Dworkin, "Indeterminacy and Law", p. 6.

O objeto da pesquisa são problemas jurídicos que contam com precedentes estabelecidos ou, como denominarei, *problemas jurídicos definidos*. Essa nomenclatura pretende lançar luz sobre a diferença existente entre as hipóteses nas quais cortes constitucionais discutem pela primeira vez determinada questão jurídica e as situações nas quais um problema jurídico anteriormente decidido está sendo rediscutido pelo mesmo órgão.

Nos problemas jurídicos definidos, cortes constitucionais já decidiram como uma garantia protege o indivíduo em determinada situação fática, como uma específica colisão de princípios é resolvida ou se regras jurídicas são aplicáveis ou não a determinado contexto. Em resumo, uma dúvida jurídica já foi solucionada e essa solução tenderá a estabilizar e definir a interpretação do direito em situações semelhantes no futuro. O fato de que um problema jurídico tenha sido anteriormente definido não implica, por óbvio, que esta solução seja definitiva. Há limites quanto à estabilidade que interpretações anteriores podem prover, sendo possível que a definição estabelecida venha a ser modificada quando a mesma questão for discutida no futuro.

Em contraposição aos problemas jurídicos definidos estão os *problemas jurídicos inéditos.* Ao ingressar na discussão de um problema jurídico inédito, cortes irão responder pela primeira vez como determinados princípios ou regras jurídicas se conformam a certa questão jurídica. Nesses casos, cortes possuem uma liberdade decisória diferente em relação aos casos nos quais a discussão de problemas jurídicos já definidos está em jogo.[48] Quando se está pela primeira vez diante de uma questão jurídica difícil na qual há divergência sobre quais fundamentos de direito um aplicador deve utilizar para sustentar sua interpretação, ainda não foi estabelecida de forma explícita qual a melhor configuração do princípio ou da regra jurídica que deve guiar a prática naquela hipótese, ou mesmo quais princípios deveriam concorrer para resolver determinada questão jurídica.

Até o momento em que escrevo esta tese, o plenário do STF ainda não se manifestou sobre a sua concepção do direito à autonomia da mulher em casos de aborto. Não sabemos, por exemplo, se o STF decidirá essa questão por meio do desenvolvimento de alguma concepção sobre o direito à vida e à dignidade dos fetos ou mesmo se mobilizará o direito à

---

[48] As definições terminológicas *problemas jurídicos definidos* e *problemas jurídicos não definidos* são diretamente inspiradas no conceito de *cases of first impression* de Randy J Kozel. Randy J. Kozel, Staturory intepretation, administrative deference and the law of *stare decisis*. Notre Dame Law School, *Research Paper nº 1859*, < disponível em: https://ssrn.com/abstract=3312818 , último acesso em 20.10.2019>.

igualdade entre as mulheres que podem ou não ter acesso a procedimentos abortivos. Esse cenário é distinto do encontrado nos Estados Unidos. As diversas ações judiciais que buscam decretar a inconstitucionalidade do aborto nos Estados Unidos não estão preocupadas apenas em demonstrar que seus fundamentos representam a melhor leitura moral de conceitos como vida ou dignidade, mas também se ocupam de desconstruir e erodir posições estabelecidas anteriormente por decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre os direitos à autonomia e à privacidade da mulher, por exemplo.

A existência de problemas jurídicos inéditos não implica, contudo, que cortes estarão livres para decidir uma questão constitucional com total liberdade. Quando decide uma questão jurídica pela primeira vez, cortes constitucionais estão vinculadas a diversos outros materiais jurídicos: o próprio texto constitucional, tratados internacionais, regras processuais que subordinam a forma de argumentação ou de fundamentação das decisões etc. Além disso, que uma questão jurídica específica não tenha sido ainda apreciada pela corte não significa que a instituição tenha que começar seu trabalho interpretativo do zero. Muitas vezes os princípios ou regras jurídicas que deverão ser utilizadas para resolver problemas jurídicos inéditos já foram desenvolvidos em casos semelhantes com os quais a corte já se defrontou.

Por exemplo, muito se fala que a interpretação do STF sobre o direito à autonomia da mulher a seu próprio corpo nos casos de aborto será necessariamente informada pelas concepções de liberdade e autonomia que a corte desenvolveu no julgamento sobre o aborto de fetos anencefálicos. Isso mostra que problemas jurídicos inéditos jamais serão casos nos quais os pré-conceitos ou decisões prévias das cortes não tenham influência. O corpo de decisões institucionais terá, sim, um peso sobre a decisão inédita que está para ser tomada. Ainda assim, sublinhar o caráter inaugural de determinados casos importa na medida em que identifica as questões jurídicas específicas que estão sendo colocadas. Embora próximas ou semelhantes, discutir o aborto em geral e o aborto de fetos anencefálicos representam questões jurídicas distintas. Não são os mesmos direitos que estão envolvidos. Um problema só será considerado como previamente definido, portanto, se exatamente a mesma questão jurídica estiver na mesa.

As restrições à liberdade decisória presentes na discussão dos problemas jurídicos inéditos também influenciarão a rediscussão de problemas definidos. Aqui, contudo, o precedente adiciona outra camada de restrição à liberdade da julgadora. Uma coisa é o preenchimento da moldura constitucional em branco com determinada leitura de princípios

ou regras constitucionais. Outra bem diferente é atuar sobre essa moldura já preenchida, reformulando e reconsiderando as tonalidades que princípios ou regras irão adquirir. O processo argumentativo pelo qual uma corte do passado escolheu uma dentre as várias leituras constitucionais possíveis não pode ser o mesmo que leva uma corte do presente a escolher alguma das outras interpretações constitucionais disponíveis.[49]

Ceder à autoridade horizontal de precedentes judiciais significa dizer que cortes podem alcançar resultados diferentes se uma questão jurídica está sendo decidida por meio de uma discussão inédita ou não. A existência do precedente não implica apenas que a forma pela qual cortes constitucionais irão argumentar deve cumprir requisitos específicos; o dever de deferência ao precedente não pode ser apenas um dever de referência à decisão anterior (citar a existência do precedente anterior e dizer que ele está a ser superado, por exemplo). A força normativa do precedente judicial implica que um corpo julgador do presente pode ter que abrir mão do resultado tido como ótimo ou ideal em razão da existência de um precedente desse mesmo corpo julgador já haver resolvido a mesma questão no passado - e ainda que esse precedente seja identificado, pela corte do presente, como uma interpretação do direito subótima ou não ideal.

Os valores políticos ou jurídicos que fundamentam a autoridade horizontal dos precedentes devem ser aptos a justificar o fato de cortes manterem, em discussões de casos já definidos, decisões do passado das quais elas discordam e que, por consequência, teriam decidido de forma diferente se lhe fossem colocadas por meio de problemas jurídicos inéditos.

1.6.6 O que sobra a uma proposta normativa de caráter argumentativo para superação de precedentes?

Uma das principais críticas hoje feitas ao STF é a de que o próprio tribunal é o responsável por definir a amplitude de seus poderes e vem falhando nessa tarefa de autolimitação.[50] A presente investigação pretende demonstrar como produtos confeccionados dentro da própria institucionalidade do tribunal – precedentes judiciais –

---

[49] Randy J. Kozel, "Precedent and Constitutional Structure", *Northwestern Law Review* 112 (2018), p. 788-837, p. 810.

[50] Conrado Hübner Mendes, Na prática, ministros do STF agridem democracia, *Folha de São Paulo*, < disponível em https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml, último acesso em 12.2018.

podem se tornar fontes que fornecem transparência, limites e controles aos poderes políticos e jurídicos exercidos pela corte.

A deferência ao precedente judicial é vista como um fator que diferencia o tipo de argumentação realizada em cortes constitucionais da argumentação existente em outras instituições políticas. O fato de que determinada questão já foi previamente solucionada por uma instituição social possui valor diferenciado se vista pelas lentes da política ou pela lente do direito. Não é sequer suscitável que um parlamento do presente deixe de discutir uma questão política cara à comunidade porque essa mesma casa parlamentar já decidiu sobre o tema no passado. É igualmente impensável que uma chefia do Poder Executivo opte por manter políticas públicas que avalia como equivocadas em razão de alguma deferência à decisão tomada pela chefia anterior.

Discussões jurídicas, contudo, seguem gramática diversa. Há um senso comum no direito de que não pode haver uma eternização das discussões jurídicas, devendo a definição sobre o que o direito obriga, permite, garante ou proíbe contar com certa estabilidade. Como, então, fugir da eternização das controvérsias jurídicas? Aposto que a forma como a autoridade de decisões judiciais anteriores é operada em termos argumentativos pode ser parte dessa resposta, embora seja óbvio que não resolva totalmente a questão colocada.

Ao apostar que elementos eminentemente jurídicos – precedentes judiciais - presentes no discurso do Judiciário influenciam o comportamento de cortes, a tese se insere dentro da tradição do modelo legalista.[51] Isso não quer dizer que a tese feche os olhos para a forma como precedentes judiciais podem ser utilizados para mascarar comportamentos estratégicos ou políticos das personagens judiciais. Se, no Brasil, já parece ser contraintuitivo afirmar que decisões do passado constrangem juízas do presente, mesmo em jurisdições nas quais precedentes são parcela incontornável da cultura argumentativa jurídica existem, há tempos, estudos empíricos que indicam a incapacidade da autoridade precedental em direcionar julgamentos.

Admitir a incapacidade de que leis, princípios, precedentes ou outros fatores jurídicos sejam as únicas variáveis avaliadas por cortes ao decidir casos de superação de precedentes judiciais é assumir que a motivação das agentes a quem a teoria normativa se direciona pode ser multifacetada. A compreensão sobre a motivação que rege as agentes é fundamental para que a teoria normativa a ser confeccionada direcione seus esforços prescritivos aos alvos

[51] Patrícia Perrone Campos Mello, "'A vida como ela é': comportamento estratégico nas cortes". Rev. *Bras. Polít. Públicas*, Brasília 8 (2018), p.688-718.

certos.[52] Diante da constatação de que não é a autoridade das decisões anteriores que orienta de forma plena a tomada de decisão judicial, como uma teoria normativa com foco nos aspectos argumentativos do *overruling* em cortes constitucionais poderia auxiliar a racionalização da prática jurídica?

Compreendo que precedentes servem como inegáveis instrumentos de legitimação do discurso jurídico frente à constante suspeita de que o Judiciário não decide apenas por razões jurídicas. É dizer, quando o Judiciário decide por superar um precedente anterior há a necessidade de operar tal *overruling* por meio de uma argumentação jurídica. Esse cenário é corrente principalmente em casos de difícil solução que exercem influência sobre o debate público ou sobre o debate jurídico. Em tais hipóteses, não há como juízas ou cortes fugirem da constatação da existência de uma decisão anterior já solucionadora do problema jurídico que se pretende rediscutir. A fim de não explicitar motivações políticas ou estratégicas para fundamentar o discurso de superação, as personagens necessariamente formularão argumentos jurídicos para legitimar a manutenção ou superação de precedentes. Como se verá, esses fundamentos específicos, que autorizam a superação de uma decisão anterior, serão denominados de razões especiais.

Sucede que há uma diversidade de argumentos utilizados por cortes constitucionais ao redor do mundo e pelo próprio STF que são classificados como razões especiais. Tal diversidade ocasiona uma dupla insegurança no âmbito da superação de precedentes: em um primeiro nível, há a insegurança e há a indeterminação quanto às motivações implícitas e explícitas que alimentam cortes no momento de reanalisar uma questão jurídica já decidida. Em segundo plano, há indeterminação sobre a correção ou não da justificação que cortes expressamente empregam no momento de justificar argumentativamente situações de *overruling*. Essa indeterminação de segundo nível implica a necessidade de avaliarmos normativamente se tais razões devem ou não ser consideradas como suficientes para a superação de precedentes.

---

[52] "A inconsistência que gera o paradoxo da determinação se localiza precisamente na *divergência* entre o tipo de motivação pressuposto para que o modelo de solução desenhado para lidar com certo problema do mundo funcione e o tipo de motivação diagnosticado como a base a partir da qual decisões são tomadas na realidade. É preciso, por isso, que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável. Sem essa incorporação, diagnósticos sobre o funcionamento do mundo tornam-se úteis apenas para anunciar o insucesso de remédios prescritos para lidar com certos problemas, e não para inspirar a prescrição dos remédios adequados." Fernando Leal, "Regulando a incerteza", *Revista de Investigações Constitucionais* 3 (2016), p. 217-226.

Do ponto de vista argumentativo, é sobre esse segundo nível que a presente tese se debruçará. O trabalho direcionará seus esforços à análise das razões mobilizadas nos casos nos quais cortes constitucionais são forçadas a discutir e justificar de forma expressa uma mudança de posição. A proposta normativa não se direciona a casos em que é possível a tribunais superar precedentes de forma silenciosa ou imperceptível.[53] Dentro desse objeto recortado, compreendo que uma análise normativa sobre como princípios jurídicos guiam a vinculação a decisões equivocadas pode fornecer um filtro aos argumentos que o STF normalmente mobiliza como razões especiais, contribuindo com a racionalização da prática jurídica.

[53] Na prática, seja no Brasil ou em outras jurisdições, não é raro que cortes constitucionais modifiquem suas posições anteriores sem expressamente manifestarem-se sobre as interpretações passadas.

2 A AUTORIDADE PARCIALMENTE INDEPENDENTE DO CONTEÚDO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: RAZÕES ESPECIAIS E PRINCÍPIOS FORMAIS

Segundo Gerald Postema, as doutrinas do precedente judicial operam em dois níveis: enquanto o primeiro fornece uma metodologia para a interpretação e aplicação de decisões judiciais anteriores, o segundo elabora as justificações subjacentes à vinculação às decisões passadas.[54] Esta tese abarca discussões relacionadas a ambos os níveis descritos por Postema. Enquanto os capítulos 2 e 3 lidam com tarefas relacionadas ao segundo nível – apresentação do conceito de autoridade de decisões horizontais e fundamentação desta autoridade -, os capítulos 4, 5 tecem critérios metodológicos para uma específica forma de (não) aplicação de precedentes: as operações de superação.

O presente capítulo pretende conceituar o tipo da autoridade que decisões anteriores representam, denominada de *autoridade parcialmente independente das razões materiais*, ou simplesmente *autoridade parcialmente independente*. O capítulo discutirá esta autoridade a partir de dois conceitos fundamentais: a *tese das razões especiais* e o conceito de *princípios formais*.

O tópico 2.1 apresentará a tese das razões especiais como a fórmula pela qual as operações de superação de precedentes são normalmente apresentadas. Entendo que o lugar comum nos estudos sobre *overruling* na atualidade é a afirmação de que cortes do presente necessitam empregar razões especiais para derrogar decisões de cortes do passado. Avalio ser necessário ir além da superficialidade desta fórmula argumentativa e mais bem desvelar o conceito de autoridade do precedente que lhe subjaz.

O refinamento deste conceito é feito em dois movimentos. O tópico 2.2 inventaria três conceitos de autoridade de precedentes horizontais, identificando que apenas a tese da autoridade parcialmente independente do conteúdo é capaz de descrever uma autoridade precedental conjugável com a tese das razões especiais. A tese da autoridade parcialmente independente do conteúdo diferencia as razões que os precedentes representam de outros tipos de razões presentes nos processos argumentativos de tomada de decisão.

O segundo movimento é realizado pelo tópico 2.3, com a conexão teórica entre a tese das razões especiais, o conceito de autoridade parcialmente independente e a categoria dos princípios formais. Será demonstrado como, embora desenvolvidos no contexto do embate das competências entre a jurisdição constitucional e o Legislativo, conceituar precedentes

[54] Gerald J. Postema, "Integrity: Justice in workclothes", *Iowa L. Rev* 821 (1997), p. 291.

horizontais como princípios formais aponta caminhos para a gestão da autoridade parcialmente independente descrita no tópico 2.2.

Por fim, o tópico 2.4 será responsável por demonstrar como a constelação conceitual trazida pelos tópicos anteriores possui ressonância na prática argumentativa de cortes constitucionais. Para isto será feita uma revisão de literatura sobre casos de derrogação de precedentes na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na Câmara dos Lordes do Reino Unido e no STF. A revisão conclui que, muito embora tais cortes discursivamente acolham a tese das razões especiais e sustentem que precedentes horizontais possuem autoridade em certa medida independente de seus conteúdos, a prática argumentativa destas instituições ainda está longe tratar as contestações a tal autoridade de forma racional.

2.1 APRESENTANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS

Afirmação corrente nos processos argumentativos em que se discute a superação de decisões anteriores é a de que precedentes judiciais estabelecidos por cortes anteriores (*C1*) e contestados por cortes posteriores (*C2*) apenas podem ser superados por essas últimas por meio de uma argumentação baseada em tipos específicos de razões.[55] Denominarei tal afirmação de *tese das razões especiais*.

Ao requerer de *C2* razões especiais para superar uma decisão de *C1*, a tese das razões especiais enviesa a decisão do presente em direção ao passado, restringindo a liberdade decisória de *C2*. A tese encerra uma pretensão de limitar a superação de decisões e interpretações jurídicas que poderiam ser, em princípio, avaliadas como erradas pelas cortes do presente.[56] É possível predicá-la como juridicamente conservadora, pois objetiva limitar a transformação da prática jurídica por determinados argumentos. Assim visualizada, ela nos permite enxergar a superação de precedentes como um capítulo específico da tensão entre os valores da correção e da segurança na aplicação do direito.[57]

---

[55] Algo a ser esclarecido é que o modelo normativo que a tese pretende desenvolver leva em consideração a interação entre decisões passadas e presentes que foram ou venham a ser tomadas por cortes constitucionais contextualizadas em estados democráticos de direito. O modelo normativo não prevê, assim, uma investigação da autoridade de decisões passadas proferidas por cortes classificadas como *capturadas* por regimes de exceção. É premissa da tese que a tensão entre passado e presente decisório de uma corte se dê em contextos cronologicamente distintos, mas nos quais as condições da estrutura democrática do Estado de Direito sejam semelhantes.

[56] Como se verá nos capítulo 4, diferenciar os diversos tipos de juízos de erro importa ao argumento normativo a ser desenvolvido para operacionalizar métodos de superar precedentes.

[57] Larry Alexander, “Precedential Constraint, Its Scope and Strength”, p. 12.

Pode-se afirmar que a tese das razões especiais se sustenta no reconhecimento de que decisões anteriores possuem uma autoridade *per se* a ser levada em consideração quando se quer alcançar uma decisão apropriada no presente. Diante da rediscussão de uma questão constitucional sobre a qual já decidiu, a pergunta que cortes constitucionais se fazem não é igual àquela feita quando decidem pela primeira vez o mesmo conflito entre direitos fundamentais. A existência de uma decisão passada a irradiar seus efeitos no panorama decisório modifica a dinâmica das razões na discussão presente.

Tomando como exemplo a discussão sobre a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância no Brasil, não seria adequado que, ao julgar novamente o tema, o STF colocasse para si apenas a seguinte questão: "é a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória uma medida constitucional?"; com a existência de decisões anteriores sobre o tema, camadas argumentativas são acrescentadas ao debate, podendo o tribunal reconstruir a questão que tem diante de si da seguinte forma: "a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória continua a ser considerada inconstitucional, tendo em conta haver esta corte decidido pela inconstitucionalidade desta prática em decisão anterior?"

O acolhimento da tese das razões especiais coloca-nos diante do seguinte dilema: o que fazer caso a interpretação de uma norma constitucional cristalizada em uma decisão anterior venha a ser compreendida como errada? Desta pergunta principal podem derivar questionamentos diversos: deve a decisão incorreta ser em alguma hipótese mantida? ou deve ela ser sempre superada, a fim de que se estabeleça a intepretação compreendida pela intérprete do presente como correta ou justa? Por que uma corte constitucional não poderia modificar suas posições pretéritas sempre que as avaliasse como incorretas no presente? Por que devemos tratar o passado decisório do STF como algo que enviesa normativamente as decisões que o tribunal deve tomar no presente?

Se acolhida a tese das razões especiais, não mais está em discussão se decisões do passado influenciam ou não o cenário decisório do presente, mas sim sob quais contornos tal influência é exercida na prática e como se pode compreender a natureza da força normativa do passado. Os questionamentos apresentados no parágrafo anterior, contudo, demonstram que a tese das razões especiais não é defensável de maneira óbvia, o que me leva a tratar suas premissas como conceitualmente problemáticas. É necessário questionar quais são os fundamentos por trás da limitação que a tese das razões especiais impõe às cortes do presente ao demandarem razões especiais para possibilitar a superação de precedentes.

A discussão dos fundamentos desta autoridade será realizada no capítulo 3. Antes de iniciar um debate sobre os fundamentos da tese das razões especiais, no entanto, convém apresentá-la de modo refinado, evitando que outras questões sobre a autoridade de precedentes judiciais possam ser misturadas com o problema com o qual a tese quer lidar. Compreendo que é importante questionar que tipo de razões os precedentes podem ser. Uma etapa de refinamento da pesquisa necessita, pois, especificar qual conceito autoridade horizontal fundamenta a tese das razões especiais.

2.2 REFINANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS: TIPOLOGIA DA AUTORIDADE HORIZONTAL DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

A seguir apresentarei três conceitos concorrentes que pretendem descrever a relevância jurídica que precedentes podem exercer em sua dimensão horizontal. Como se notará, apenas um deles é capaz de reconstruir a autoridade dos precedentes em conformidade com a tese das razões especiais.

Supondo que as decisões do passado estão assentadas em razões substantivas,[58] uma resposta aparentemente atraente à pergunta sobre qual seria a força jurídica das decisões pretéritas indicaria que elas importariam na exata medida em que as razões que as sustentam também importem para a nova decisão. Por este caminho, as decisões anteriores seriam veículos das razões substantivas nas quais se baseiam e o fato delas existirem não adicionaria qualquer força ao conteúdo dessas próprias razões.

Tomemos novamente o exemplo da discussão sobre a possibilidade da prisão em segunda instância no STF. Se seguirmos a tese da dependência, o fato de o STF já haver estabelecido no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que a prisão em segunda instância é inconstitucional não exerceria qualquer influência ou peso caso o tribunal viesse novamente a debater esta questão jurídica. A força da posição estabelecida nas ADCs dependeria exclusivamente dos argumentos substantivos utilizados para sustentar a posição vencedora:

[58] Razões substantivas, aqui, têm o sentido do que é comumente denominado de razões de primeira ordem, ou seja, razões para fazer ou se abster de fazer. Elas se contrapõem às razões de segunda ordem, que seriam definidas como quaisquer razões para agir ou abster-se de agir com base em outra razão. Na linha de Joseph Raz, compreende-se que os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força relativa das razões conflitantes (razões mais fortes preponderam sobre as mais fracas), mas isso não ocorre quando há conflito entre razões de primeira e segunda ordem, como será adiante demonstrado. Igor de Carvalho Enriquez, Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais: a ideia de discricionariedade forte e diferença entre precedentes ordinários e constitucionais. Tese de Doutorado. *Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 2018, p. 20.

presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc. Na hipótese de um novo julgamento sobre o tema, tais argumentos deveriam ser novamente avaliados e o fato de existir uma decisão que já os avalio seria irrelevante para a nova tomada de decisão.

Podemos chamar essa concepção da autoridade das decisões passadas de *tese da dependência*, segundo a qual não haveria qualquer força de uma decisão passada a não ser aquela das suas próprias razões de mérito, ou seja, a autoridade de uma decisão passada depende totalmente da força de suas razões substantivas.

Se decisões jurídicas fundamentadas são tomadas a partir de um balanço de todas as razões jurídicas relevantes disponíveis, pode-se dizer, pela tese da dependência, que o fato de determinadas razões terem sido mobilizadas por precedentes anteriores não adiciona qualquer força a tais razões diante do novo balanço exigido pela decisão do presente.

Questionado sobre quando um precedente deveria ser superado, um adepto da tese da dependência responderia que uma decisão anterior deve ser superada sempre que, considerando todas as razões substantivas à disposição para responder determinada questão jurídica, segui-la implique uma decisão incorreta. Larry Alexander denomina esta compreensão de modelo natural do precedente (*natural model of precedent)*, a fim de enfatizar que uma juíza ou uma corte decidiria novamente uma questão sobre a qual já se manifestou da mesma forma como decidiu da primeira vez, ou seja, de maneira natural.[59] O fato de a decisão anterior existir não fornece mais do que uma apresentação limpa de argumentos que possuem o mesmo valor que qualquer outro argumento a ser suscitado na nova discussão. Estando o mérito ou os fundamentos que sustentam a decisão incorretos, esta decisão não possuiria qualquer apelo próprio a ser exercido perante as decisões do presente.

A tese da dependência, contudo, constitui a própria negativa do reconhecimento de uma autoridade ínsita às decisões passadas em uma dimensão horizontal. Como se aprofundará no subtópico 2.4, a moderna doutrina do precedente judicial não parece estar baseada na tese da dependência, pelo menos em termos de pretensão normativa. Se de fato existe um conceito de força horizontal dos precedentes judiciais, ele possuirá alguma razão de ser se, e somente se, for capaz de explicar de que forma uma decisão tomada por *C1* pode ser mantida mesmo que *C2* considere que tal decisão não é de alguma maneira correta.

[59] Larry Alexander; Emily Sherwin, "Constrained by precedent". *Southern California Law Review,* 63 (2001).

A autoridade horizontal de um precedente constitucional parece ser mais bem descrita pelo que Gerald Postema identificou como *tese da independência*: a força jurídica que uma decisão passada exerce no presente é independente das razões que sustentam seu mérito:

> Se a decisão estabelece um precedente, logo o fato de que o caso foi decidido de uma maneira particular deve fornecer uma razão, ou figurar de forma essencial como uma razão mais complexa, para que o problema seja decidido da mesma forma no futuro; e esta razão deve estar baseada em considerações independentes do mérito do caso. Esse é o diferencial da tese da independência.[60]

Aqui o precedente não é só um veículo de razões substantivas, mas passa ele próprio a constituir uma razão que influencia a dinâmica decisória sobre casos similares no presente. Com a tese da independência torna-se possível isolar a força argumentativa que uma decisão anterior detém *per se*. O próprio Postema, todavia, admite que a tese da independência possui variações. Para os fins deste capítulo, diferenciar as variantes da tese da independência é tão importante quanto distingui-la da tese da dependência.

Uma primeira variação defende que um precedente exercerá sua força moral no passado pela simples verificação de seu *pedigree* histórico, ou seja, a simples existência formal de uma decisão anterior em determinado sentido é razão suficiente para decidir um caso semelhante no mesmo caminho. É esta a concepção adotada por David Lyons, segundo a qual uma decisão anterior exerce sua força moral de forma *totalmente* independente de seu conteúdo.[61] Identificarei essa variação como *tese da independência forte*.

A tese da independência forte é normalmente associada à ideia de precedentes como razões exclusionárias. Razões exclusionárias são tipos de razões de segunda ordem, ou seja, razões para agir a partir de determinadas razões (razões de segunda ordem positivas) ou deixar de agir por determinadas razões (razões de segunda ordem negativas ou razões exclusionárias)[62]. Enquanto razões de segunda ordem, as razões exclusionárias possuem uma dimensão preemptiva, pois impedem a utilização das razões de primeira ordem, ou razões substantivas, no balanço de razões. Um dos objetivos de identificar precedentes como razões exclusionárias é justamente desvincular a obediência à norma precedental das razões de primeira ordem que a sustentam, simplificando o processo de tomada de decisão.[63] Pela tese

---

[60] "If the decision set a precedent, then the fact that the case was decided in a particular way must itself give some reason, or figure essentially in some more complex reason, for deciding in the same way in the future, and this reason must be rooted in considerations independent of the specific merits of the case. This is the thrust of the independence thesis". Gerald J. Postema, "Integrity: Justice in workclothes", p. 293.

[61] David Lyons, "Formal Justice, Moral Commitment, and Judicial Precedent", *Journal of Philosophy* 10 (1984), p. 580- 601, p. 583.

[62] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 39; Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 17.

[63] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 79.

da independência forte, na medida em que o precedente judicial impediria que outras razões informassem uma decisão a ser tomada no presente, o precedente operaria como uma razão exclusionária.

A tese da independência forte pode ser mobilizada para descrever como precedentes de cortes constitucionais como o STF devem ser manuseados por cortes inferiores – dimensão vertical da autoridade dos precedentes, ou *stare decisis* vertical, tendo em conta que essas últimas não podem contestar ou superar decisões emanadas do STF.[64] Há, entretanto, um obstáculo óbvio para utilizar tal tese para descrever a autoridade horizontal dos precedentes no STF e em outras cortes constitucionais. Enxergar decisões de *C1* como razões que excluem a possibilidade de um novo balanço de razões por parte de *C2* não parece viabilizar que *C2* possa superar uma decisão anterior avaliada como equivocada. Uma vinculação absoluta à decisão passada é, pois, uma forma tão equivocada de compreender a autoridade horizontal quanto a desconsideração de decisões anteriores enquanto razões *per se*, tal qual proposto pela tese da dependência.[65]

Joseph Raz, que descreve os precedentes como razões exclusionárias, ensaia uma resposta ao obstáculo. Admitindo que o *overruling* seja prática reconhecidamente comum e normativamente desejada, a descrição de precedentes como razões exclusionárias deveria ser conciliada com a possibilidade de uma revisão especial (*special revisibility*) das decisões anteriores.[66] Razões como injustiça extrema, erro manifesto ou a completa discrepância da concepção presente em determinada área do direito com a concepção mobilizada pelo precedente deveriam ser classificadas como razões não excluídas pela regra exclusionária que o precedente normalmente representa, compondo uma lista de razões não alcançadas pelo caráter preemtpivo das decisões de segunda ordem (*permissible list).*[67]

Conceituar a autoridade horizontal dos precedentes recorrendo ao conceito de razões exclusionárias e abrir exceções aos contornos desta conceituação para explicar situações comuns como as superações de precedente me parece, no entanto, mais a constatação de um equívoco do modelo explicativo do que propriamente um movimento de reparo conceitual.

---

[64] Sobre a possibilidade de que cortes inferiores possam inaplicar ou não aplicar um precedente estabelecido por cortes hierarquicamente superiores, há um interessante debate no México. Cf. Rodrigo Camarena Gonzalez, "La derrotabilidad del precedente constitucional: a proposito de la C.T. 299/2013". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 4 (2017), p. 309-348.

[65] Bustamante aponta que desde o Practice Statement de 1966 nem mesmo o Reino Unido acolhe um modelo de *stare decisis* absoluto em que as Cortes estejam formalmente vinculadas a seguir seus próprios precedentes de forma tal a nunca sujeitá-los a *overruling*. Thomas Bustamante, "O direito e a incerteza de suas fontes, p. 320.

[66] Joseph Raz, *The Authority of Law*, p. 195.

[67] Joseph Raz, *Practical Reasons and norms*, p. 140-141.

Entendo ser necessário buscar uma conceituação da autoridade precedental que melhor integre a prática com precedentes como um todo com a prática do *overruling* enquanto situação particular. O *overruling* não é um apêndice em uma doutrina do precedente judicial, mas sim parte essencial de seu modelo explicativo.

Esta alternativa é encontrada nas concepções da autoridade horizontal alinhadas ao que denominarei de *tese da independência parcial em relação ao conteúdo*, segundo a qual a força jurídica de um precedente não depende *exclusivamente* da avaliação do mérito de suas razões. Por um lado, a tese da independência parcial se diferencia da tese da dependência ao conceder a existência de uma autoridade jurídica na decisão anterior que independe de seu conteúdo. A justificação que *C2* desenvolverá para decidir de forma diferente um caso anteriormente decidido por *C1* deve atender a especificidades que não seriam exigidas caso o precedente não existisse. Essas exigências não têm necessariamente relação com a substância do mérito da decisão de *C1*.

Em outro flanco, distingue-se da tese da independência forte ao conceber a força jurídica da decisão anterior como limitada e não exclusionária. Limitada, pois o reconhecimento de uma razão independente do conteúdo não garante que esta razão esteja imune a todo e qualquer defeito que o mérito da decisão venha a veicular, e não exclusionária porque a força jurídica do passado não seria capaz de obstar a consideração de outras razões para tomada de decisões. Em resumo, a tese da independência parcial sustenta ser a autoridade horizontal de precedentes *em certa medida independente* do conteúdo de suas razões, ao mesmo tempo que considera que essa mesma autoridade pode ser tomada como superável.[68]

Com a tese da independência parcial é possível diferenciar duas instâncias distintas do fenômeno precedental: uma instância se refere ao reconhecimento da existência de uma razão independente do conteúdo extraível de um precedente; outra estabelece qual a relação desta razão com outras razões que devem compor a dinâmica decisória de um caso no presente. Não há qualquer garantia de que a razão independente do conteúdo fornecida pelo precedente terá algum tipo de prevalência sobre as demais considerações envolvidas no balanço de razões do caso. Podemos afirmar, pois, que o precedente anterior exerce uma autoridade em certa medida independente de seu conteúdo, mas não podemos afirmar ser tal autoridade absoluta.

---

[68] Frederick Schauer, "Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?", *Georgia State University Law Review* 24 (2007), p. 381-401, p. 390.

Ainda no exemplo da prisão em segunda instância, a tese da independência parcial permitiria afirmar que a mera existência da posição jurídica estabelecida nas ADCs julgadas pelo STF em 2019 dificulta ou limita a liberdade decisória da corte caso este assunto venha novamente a ser discutido no futuro. Esta dificuldade ou limitação, contudo, não impede que a posição sobre a prisão em segunda instância venha novamente a ser modificada pelo tribunal.

A tese da independência parcial permite que se explique por que se requerem razões especiais ou justificações especiais para a superação de decisões anteriores. Se a razão independente inexistisse, cortes do presente teriam a liberdade de rejeitar plenamente as decisões que, em princípio, compreendem como incorretas. Como a razão independente existe, pode-se falar que se requere um padrão ou parâmetro diferenciado ou qualificado para interpretar o direito de modo a rejeitar interpretações estabelecidas em decisões anteriores.

A autoridade do precedente, ainda que superável, só existe de fato caso o parâmetro ou padrão de razões necessárias à superação de determinado entendimento for considerado maior apenas pelo fato da decisão anterior existir. Seria preciso dizer que a decisão está incorreta em um grau ou em um nível acima, e só por atingir esse nível ou grau de incorreção é que ela pode ser superada. Caso a decisão anterior não existisse, não haveria um *plus* a ser argumentado ou justificado. Se quisermos traduzir nos termos da tese das razões especiais: é só porque o juízo de incorreção sobre a decisão anterior é fundado em determinados tipos de razões que a superação desta decisão pode ser autorizada.

É neste meio termo entre o afastamento da tese da dependência e o não acolhimento da tese da independência forte que o argumento das "razões especiais" surge. A tese das razões especiais sublinha a distância entre o tipo de justificação requerida para superar um precedente em um ambiente no qual a autoridade horizontal não exista e a justificação necessária ao *overruling* em um contexto de existência desta autoridade independente. Diante de contextos em que se discute a superação de entendimentos e interpretações anteriores, um precedente estabelecido por *C1* funciona como uma razão prática para que *C2* somente possa efetuar a potencial superação por meio da mobilização de razões especiais. Essa razão para assim agir, por sua vez, é caracterizada por não depender, *exclusivamente*, do conteúdo estabelecido na decisão de *C1*.

2.3 TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS E PRECEDENTES COMO PRINCÍPIOS FORMAIS

A maneira pela qual caracterizamos a autoridade horizontal de um precedente judicial pela tese da independência parcial está em harmonia com a conceituação de precedentes constitucionais enquanto princípios formais apresentada na introdução desta tese. Entendo que revelar a conexão teórica entre o tipo de autoridade que a tese das razões especiais pressupõe e a concepção de princípios formais será importante para a tese por dois motivos: i) apontar a necessidade de identificar um fundamento normativo próprio para a tese das razões especiais, ou seja, para além de aceitarmos tal tese como um dado, necessário será desvelar os porquês de acatá-la na teoria normativa aqui proposta; ii) fornecer um referencial teórico apto a racionalizar processos de contestação da autoridade parcialmente independente do conteúdo que precedentes horizontais possuem.

2.3.1 Aprofundando o conceito de princípios formais na teoria dos princípios

Comparado a outros, o conceito de princípios formais ainda se desenvolve de forma embrionária dentro da teoria dos princípios.[69] Como mencionado na introdução, princípios formais são razões *prima facie* que exigem a otimização de seus conteúdos na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. O conteúdo do princípio formal é a decisão de determinado órgão autoritativo, ou seja, é a própria competência para efetuar uma decisão material.[70] Esta autoridade ou esta competência para estabelecer um conteúdo material será otimizada e o resultado desta otimização será o conteúdo concreto do princípio formal.[71]

Os princípios formais são, assim, razões institucionais para seguir decisões emanadas de determinada autoridade, exigindo o cumprimento das decisões autoritativas na maior medida possível. Dessa forma, a carga argumentativa para superar o conteúdo da decisão autoritativa é superior àquela necessária caso o princípio formal não existisse, ou seja,

---

[69]Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentai*s (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2017, p. 139. Jorge Alexander Portocarrero Quispe, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidade", *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), p. 75-102, p. 96; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais e liberdade legislativa*, p. 916; Martin. Borowski, "The structure of formal principles – Robert Alexy's law of combination" in Martin Borowski (org.), *On the nature of legal principles, Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 119 (2010), p. 28-29.

[70] Jorge Alexander Portocarrero Quispe, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidade", p. 916.

[71] Mathias Klatt, "Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conficts", Global Constitutionalism 4 (2015), p. 195-226, p. 210.

exatamente o *plus* argumentativo requerido pelo conceito de autoridade parcialmente independente desenvolvido no subtópico anterior.

A categoria dos princípios formais foi forjada inicialmente para responder às críticas funcionais à teoria dos princípios. Tais críticas indicam que uma consequência da utilização do sopesamento como método de aplicação dos princípios é um desequilíbrio das funções estatais, com a jurisdição constitucional retirando parte da discricionariedade de conformação que o legislador possuiria. A compreensão dos direitos fundamentais como princípios a serem otimizados levaria a tarefa da jurisdição constitucional do binômio constitucional/inconstitucional para o binômio ótimo/subótimo. Ao invés de decidir o que é constitucional ou não, a jurisdição constitucional passaria a decidir o que é ou não uma conformação ótima de um princípio fundamental, invadindo o juízo de oportunidade política do legislador.[72]

Imaginemos o caso em que o Legislativo brasileiro venha a aprovar um modelo de renda básica universal que destine a cada cidadão e a cada cidadã o valor de R$ 400,00 por mês. O Supremo Tribunal Federal (STF) é, então, instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade desta legislação. Se, utilizando o racional do sopesamento, o STF entender que a lei é constitucional mas resolver modificá-la para determinar que o valor ideal para a renda básica universal é de R$ 300,00 e não de 400,00, como havia estabelecido o Legislativo, é possível que o tribunal esteja entrando em um terreno de definição que deveria estar reservado às escolhas legislativas.

Virgílio Afonso da Silva argumenta que utilizar os princípios formais para discutir a liberdade de atuação do legislador é importante para solucionar conflitos de competência com a jurisdição constitucional, principalmente diante de condições de incerteza decisória. Ao tomar decisões, legisladores e cortes podem encarar incertezas empíricas e incertezas normativas. As primeiras são indefinições sobre as consequências ou sobre as premissas fáticas das decisões constitucionais, enquanto a segundas se referem a incertezas sobre o que a constituição comanda, garante, proíbe ou faculta. Dentro de contextos de incerteza, a legitimidade democrática do legislador funciona como um princípio formal a garantir uma primazia das decisões do legislador frente às escolhas do Judiciário.[73]

Quando o conceito de princípios formais é relacionado ao princípio democrático, sua função específica é definir quais são os âmbitos de competência do Legislativo e da jurisdição constitucional. Identificar quais matérias constitucionais devem ser solucionadas

[72] Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdade legislativa", p. 918.
[73] Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdade legislativa", p. 927.

pelos legislador e quais podem receber um controle de constitucionalidade por parte da jurisdição constitucional requer a construção das fronteiras das competências de cada poder. Entender o princípio democrático como princípio formal auxilia a construção deste critério, criando uma presunção de que a revisão ou revogação das decisões autoritativas do legislador requerem o emprego de um ônus argumentativo diferenciado. É neste sentido que é comum reconstruir o sentido de princípio formal enquanto competência.[74]

Virgílio Afonso da Silva utiliza o conceito de paridade para esclarecer em quais casos o princípio formal da legitimidade democrática deveria atuar como critério solucionador entre a competência do legislador e da jurisdição constitucional. A ideia de paridade pressupõe, antes de tudo, que certos dilemas ou questões envolvendo colisão entre direitos fundamentais não possuem uma única resposta correta.[75] Nestas situações, a otimização entre direitos fundamentais indicará não uma única solução, mas a presença de uma zona de paridade dentro da qual qualquer solução é aceitável. Se a comparação entre duas alternativas decisórias para solucionar uma colisão de direitos fundamentais demonstrar que ambas as soluções se equivalem, isto indica que as duas estão localizadas dentro da zona de paridade e nenhuma possui prevalência sobre a outra. Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva, esta zona de paridade equivale à zona de discricionariedade que o legislador possui para propor suas decisões normativas, vez que, em democracias constitucionais, a discricionariedade seria um atributo do legislador.[76]

Suponhamos que o Legislativo brasileiro aprove uma legislação liberando e regulando o uso recreativo de *cannabis* no território nacional e o STF seja acionado para julgar a constitucionalidade de tal lei. O problema central do caso seria discutir quais riscos ao direito fundamental à saúde pública e à ordem social estão relacionados ao uso recreativo da *cannabis* e por quais medidas estes riscos podem ser legitimamente combatidos.

Caso a discussão do caso concluísse pela inexistência de consenso empírico sobre os malefícios à saúde individual e coletiva ocasionado pelo uso recreativo da *cannabis*, o STF deveria reconhecer a discricionariedade epistêmica do legislador definir os contornos do conflito entre o direito fundamental à liberdade de ação e o direito fundamental de proteção à saúde. No caso, portanto a legislação deveria ser considerada constitucional por estar dentro da margem de discricionariedade concedida pela Constituição ao Legislativo.

---

[74] Guilherme Augusto Azevedo Palu, *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie, Baden-Baden: Nomos, 2019.

[75] Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), p. 273 -301, p. 296

[76] Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable", p. 298.

A incidência ou não de determinadas decisões dentro de uma zona de paridade é realizada por meio de processos argumentativos. A força do princípio formal dependerá, pois, da capacidade das intérpretes desconstruírem a relação de paridade ou equivalência entre as hipóteses decisórias. É o que Virgílio Afonso da Silva denomina de fórmula da paridade: "Quanto mais difícil for para se desfazer, por meio de argumentos, uma relação de paridade que sustenta a competência decisória do legislador, tanto maior será o peso do princípio formal correspondente."[77]

Imaginemos que, conformando o art. 172 da Constituição Federal,[78] o Legislativo aprove Lei que proíbe a participação de capital estrangeiro na composição acionária de instituições de saúde no Brasil. Atualmente esta participação é permitida por força da Lei nº 13.097/2015. O art. 172, em interpretação conjugada com os demais dispositivos constitucionais sobre a atividade econômica no setor de saúde suplementar, permite que uma lei com tal conteúdo seja editada? Esta norma estaria dentro da zona de discricionariedade que a Constituição permite ao legislador? Ou a jurisdição constitucional poderia infirmar a validade desta Lei com base em opções que a própria Constituição estabelece? Pela fórmula da paridade proposta por Virgílio Afonso da Silva, quanto mais difícil for provar que esta opção do Legislativo era proibida pela Constituição, maior será a força do princípio formal que sustenta a autoridade da Lei e, por consequência, mais difícil será desfazer a relação de paridade entre esta opção e outras que o Legislador teria na regulação da entrada de capital privado no setor de saúde brasileiro.

Em resumo, a tese da teoria dos princípios é de que "o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio do sopesamento entre princípios formais e princípios materiais."[79]

Havendo compreendido como os princípios formais são instrumentos criados para delimitar a liberdade do legislador frente à jurisdição constitucional, cabe questionar como tal categoria pode auxiliar a regular a argumentação em casos de superação de precedentes em cortes constitucionais.

2.3.2 Princípios formais e a autoridade de precedentes constitucionais

---

[77] Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdade legislativa" p. 933.

[78] Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

[79] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 611.

Ao transitarmos para a discussão dos princípios formais no campo dos precedentes constitucionais, a razão institucional se apresenta da seguinte forma: uma vez que determinada ponderação entre princípios constitucionais seja resolvida, a decisão da corte constitucional servirá como princípio formal a ser respeitado na maior medida possível. É exatamente neste sentido que Portocarrero Quispe aplica a ideia de princípios formais a precedentes judiciais:

> Partindo da premissa de que os princípios formais exigem uma validade *prima facie* das decisões provenientes de um procedimento decisório efetuado por uma autoridade competente, chegamos à conclusão de que toda autoridade com capacidade decisória, fundada na norma que lhe atribui competência, pode pretender para si a validade *prima facie* de suas decisões. Desta maneira os princípios formais não somente estariam ao lado do legislador parlamentar, mas também do legislador executivo e da jurisdição, seja esta constitucional ou ordinária. Para este último caso a implicação é que toda decisão proveniente de um procedimento baseado em princípios e regras de argumentação deve valer na maior medida possível. (...) Uma vez que se resolva a ponderação em favor ou contra a decisão legislativa, a decisão do órgão jurisdicional estará dotada de um princípio formal que exige que toda decisão seja respeitada na maior medida possível.[80]

Conjugando a tese das razões especiais com o conceito de princípios formais, temos que as razões especiais ou justificações especiais são tipos de razões capazes de desfazer a relação de paridade entre decisão do passado e decisão do presente. A maneira pela qual razões especiais manejadas por *C2* constroem juízos de erro em relação às decisões de *C1* é demonstrando que a decisão a ser superada não é equivalente à decisão a ser tomada no presente, ou seja, ambas não se encontram dentro de uma mesma zona de paridade.

Se quisermos transmutar a fórmula da paridade para a discussão sobre a superação de posições anteriores, a tese das razões especiais poderia ser apresentada da seguinte forma: quanto mais difícil for para se desfazer, por meio de argumentos, uma relação de paridade entre a solução normativa presente no precedente constitucional e a decisão que pretende

---

[80] "Partiendo del supuesto de que los principios formales exigen la validez *prima facie* de las decisiones provenientes de un procedimiento decisorio efectuado por una autoridad competente para hacerlo, arribamos a la conclusión de que toda autoridad con capacidad decisoria, basada en su norma de competencia, puede pretender para sí la validez *prima facie* de sus decisiones. De esta manera los principios formales no solo estarían del lado del legislador parlamentário sino también del lado del legislador ejecutivo y de la jurisdicción, sea esta constitucional u ordinaria. Esto último implica que toda decisión proveniente de un procedimiento decisorio basado en principios y reglas de argumentación debe valer en la mayor medida posible. (...) Una vez se resuelva la ponderación en favor o en contra de la decisión legislativa, la decisión del órgano jurisdiccional estará dotada de un principio formal que exige que dicha decisión sea respetada en la mayor medida posible" Jorge Alexander Portocarrero Quispe, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidade", p. 88-89.

superá-lo, tanto maior será o peso do princípio formal que determina a manutenção da decisão anterior.

Embora tenha auxiliado a melhor apresentar o conceito de razões especiais e a própria tese das razões especiais, a categoria dos princípios formais aponta algumas arestas que a investigação necessita aparar ao predicar de tal maneira a autoridade de decisões anteriores.

A primeira aresta diz respeito à justificação do precedente enquanto uma razão institucional. No caso das disputas entre legislador e jurisdição constitucional, o fundamento a justificar a decisão do legislador como princípio formal é o princípio democrático, ou seja, a crença de que decisões políticas em uma democracia constitucional devem ser feitas, em princípio, no parlamento.

O fato é, no entanto, que o princípio democrático não serve como fundamento para caracterizar precedentes constitucionais enquanto razões institucionais. O conflito aqui não é entre a competência do legislador e a competência da jurisdição constitucional, mas sim entre a corte constitucional do presente a corte constitucional do passado. Está-se diante de um contexto no qual se discute a autovinculação das cortes às suas próprias decisões. Neste cenário, cabe perguntar: por que se deve exigir uma presunção de correção das decisões de cortes constitucionais do passado em relação às decisões de cortes constitucionais do presente em discussões sobre superação de precedentes constitucionais?

A segunda aresta diz respeito à relação entre a superação de precedentes e as condições de incerteza. Como mencionado, a existência de uma zona de paridade entre duas decisões deriva da existência de incertezas empíricas ou normativas no cenário decisório em que o problema deve ser resolvido. No caso da superação de precedentes, uma decisão jurídica anterior já definiu a interpretação de normas constitucionais, ou seja, já há uma decisão solucionando determinada colisão entre direitos fundamentais. Como a presença desta solução do passado interage e modifica as próprias condições de incerteza é algo que deve ser melhor compreendido. A questão colocada é se o fato de possuirmos uma decisão do passado diante de um problema constitucional, em princípio, de solução incerta, tem força para redefinir a própria conformação da incerteza do problema discutido.

Ambas arestas serão tratadas pela tese nos capítulo seguintes. A primeira pelo capítulo 3, a segunda pelos capítulos 4 e 5. Antes de ingressar nestas discussões, contudo, é necessário ancorar os desenvolvimentos conceituais deste capítulo em solos práticos.

Como indicado pela primeira aresta, uma crítica à conceituação da autoridade horizontal dos precedentes constitucionais como uma razão institucional poderia suscitar que cortes constitucionais em verdade nunca se enxergam diante do dilema entre seguir uma

decisão que compreendem como equivocada e seguir uma posição que entendem como correta. Esta crítica poderia indicar que a tese das razões especiais seria uma arquitetura meramente teórica, que não serviria para explicar o processo interpretativo de cortes constitucionais. Entendo ser necessário, pois, findar a apresentação do meu conceito de autoridade horizontal dos precedentes judiciais demonstrando como o dilema que apresentei nos tópicos deste capítulo encontra eco dentro da prática de cortes constitucionais.

O próximo tópico tratará de demonstrar como a tese das razões especiais e o conceito de autoridade trazidos pelo capítulo são categorias que se encontram presentes, ainda que de maneira caótica e assistematizada, dentro da dinâmica decisória de cortes constitucionais.

2.4 MANIFESTAÇÕES PRÁTICAS DA TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS

Exigir razões especiais para superar uma decisão anterior parece ser o senso comum dos estudos que se debruçam sobre o *overruling*, mas pouco se desenvolve sobre o que essa exigência de fato significaria.[81] O esforço de refinamento da tese das razões especiais pode ser complementado ao exemplificarmos como cortes constitucionais reconhecem a autoridade parcialmente independente do conteúdo em seus acervos decisórios. Esta tarefa servirá para demonstrar que o dilema que acompanha a tese da independência parcial é não apenas conceitualmente existente, mas também verificável na prática de certas jurisdições constitucionais.

Com a menção a casos específicos não quero afirmar que as cortes constitucionais referenciadas sempre assumem a tese das razões especiais ou o conceito de autoridade parcialmente independente em suas práticas. O propósito é apenas demonstrar que o debate sobre esses temas existe e que a tese das razões especiais é, por vezes, normativamente acolhida por cortes constitucionais. Esta incursão jurisprudencial na vida prática da tese das razões especiais serve para demonstrar que o dilema por ela iluminado – se uma corte constitucional deve ou não manter uma decisão passada avaliada como equivocada – não é apenas um paradoxo conceitual, mas uma real questão que tribunais formulam a si próprios no exercício da jurisdição constitucional.

---

[81] Richard Fallon Jr., "*Stare decisis* and The Constitution: An Essay on Constitutional Methodology", *New York University Law Review*, 76 (2001), p. 570-597. p. 572.

Serão apresentadas as realidades da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, da então Câmara dos Lordes do Reino Unido e do Supremo Tribunal Federal. A escolha das cortes constitucionais referenciadas levou em consideração o acúmulo teórico proporcionado pela categoria do *stare decisis* encontrado nas jurisdições classificadas como integrantes do *common law*. Pressupondo que o debate histórico em torno de tal categoria é capaz de fornecer um acervo maior de técnicas ou métodos para lidar com a autoridade horizontal de precedentes, torna-se necessário lançar uma lupa sobre a prática de cortes como a americana e a inglesa. A análise do caso brasileiro busca não apenas demonstrar como, embora presente, ainda é tímida a noção de vinculação à autoridade de decisões horizontais, mas também apresentar algumas teses que buscam explicar as razões para a fraca valorização da autoridade de decisões anteriores na corte.

2.4.1 Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a superação de precedentes

Não é difícil encontrar na literatura sobre *overruling* na Suprema Corte dos Estados Unidos da América a indicação de que a corte só modifica suas posições anteriores a partir de uma justificação especial, não sendo suficiente o mero juízo de erro sobre a interpretação passada para que a decisão anterior seja superada.[82] Condicionar o *overruling* à argumentação com razões especiais integra a visão clássica que predomina sobre o *stare decisis* na corte desde o clássico voto do Justice Brandeis em *Burnet* v. *Corolado Oil & Gas Co*,[83] segundo o qual, na maior parte das matérias, é mais importante aplicar uma regra jurídica consolidada e estabelecida do que buscar aplicar uma regra jurídica correta.[84] É neste mesmo voto que Brandeis também afirma que, embora desejável, a doutrina do *stare decisis* é uma orientação flexível, não significando um comando inexorável para seguir precedentes. Por esta visão, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América deveria sim permitir a

[82] Gary Lawson, "Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited", *Ave Maria Law Review* 5 (2007), p.3; Thomas R. Lee, "Stare decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court", *Vand. Law Review* 52 (1999), p. 647.

[83] Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406 (1932) (Voto dissidente do *Justice* Brandeis).

[84] "*Stare decisis* is ordinarily a wise rule of action. But it is not a universal, inexorable command. The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided. (…) In most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right". Burnet v. *Coronado Oil & Gas Co* (1932), 285 (Brandeis, J., dissenting).

superação de precedentes, mas para isso determinadas justificações especiais deveriam ser observadas.[85]

Talvez não haja decisão mais exemplificativa da intenção de acolher a tese das razões especiais pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do que *Planned Parenthood* v. *Casey*.[86] Como é enunciado logo no primeiro parágrafo da opinião da corte no caso, o pedido fundamental em *Casey* é o de superar a posição estabelecida em *Roe v. Wade*,[87] na qual ficou definido que a Constituição dos Estados Unidos da América protege o direito das mulheres interromperem a gravidez em seu estágio inicial.[88]

A decisão da maioria em *Casey* parte da premissa de que é necessário ir além de um juízo de erro sobre a decisão anterior, o que implica a aplicação de um teste pelo qual seria aferível se o precedente estabelecido em *Roe* deveria ou não ser derrogado.[89] A opinião da corte expressamente submete *Roe* a esse teste, reanalisando o precedente nos seguintes aspectos: i) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* demonstrou-se impraticável ou de difícil implementação prática?;[90] ii) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* cria expectativas jurídicas com alto custo de revisão, ou seja, as consequências da quebra das expectativas jurídicas ocasionadas pela superação do precedente é capaz de gerar iniquidade?;[91] iii) os princípios ou regras jurídicas aplicados se desenvolveram a ponto de se poder caracterizar o princípio ou regra estabelecido por *Roe* como uma reminiscência de uma doutrina jurídica já superada?[92]; iv) os fatos sociais relacionados ao caso se modificaram a ponto de tornar a decisão injustificável ou inaplicável?[93]

As quatro etapas do teste são produtos de uma gradual evolução da corte na construção de uma doutrina do *stare decisis*. A importância de *Casey* é justificada por ser a primeira

---

[85] É claro que há, na doutrina americana, quem defenda ser desnecessário se engajar em razões especiais para superar decisões anteriores: Caleb Nelson, "*Stare decisis* and Demonstrably Erroneous Precedents", *Vand. Law Review* 87 (2001), p. 7.

[86] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

[87] Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973).

[88] "Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt. Yet 19 years after our holding that the Constitution protects a woman's right to terminate her pregnancy in its early stages, *Roe* v. *Wade*, 410 U. S. 113 (1973), that definition of liberty is still questioned. Joining the respondents as *amicus curiae*, the United States, as it has done in five other cases in the last decade, again asks us to overrule *Roe*". Planned Parenthood of Shoutheastern Pennsylvania v. Casey (1992).

[89] "Rather, when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of *overruling* a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and *overruling* a prior case." Planned Parenthood of Shoutheastern Pennsylvania v. Casey (1992).

[90] Esse critério do teste foi desenvolvido, entre outros casos, em *Swift & Co.* v. *Wickham*, (1965).

[91] Esse critério do teste foi desenvolvido, entre outros casos, em *States* v. *Title Ins. & Trust*, (1924).

[92] Esse critério do teste foi desenvolvido, entre outros casos, em *Patterson* v. *McLean Credit*,(1989).

[93] Esse critério do teste foi desenvolvido, entre outros casos, em *Burnet* v. *Coronado Oil & Gas Co*, (1932).

oportunidade em que presenciamos a Suprema Corte dos Estados Unidos da América sistematizar e aprofundar analiticamente, em uma mesma decisão, critérios que haviam sido aplicados isoladamente em decisões prévias que lidaram com a possibilidade de *overruling*.[94] A opinião majoritária deixa clara a intenção de aplicar o teste a *Roe* a fim de racionalizar a decisão e mitigar a análise subjetiva que os membros da corte teriam quanto a sua correção.[95]

Há, na opinião da corte, a preocupação em distinguir *Casey* – que findaria por manter a posição estabelecida em *Roe* - de *overrulings* socialmente relevantes na história do próprio tribunal, como os casos de *Lochner*,[96] que veio a ser superado por *West Coast Hotel Co*.[97], e de *Plessy*[98], que foi superado por *Brown*.[99] A opinião da corte relê tais decisões sob o olhar dos critérios de superação construídos em *Casey*, demonstrando como os mesmos critérios que conduziram à superação nas hipóteses mencionadas não estariam presentes para derrogar a posição jurídica de *Roe*.

A superação de *Lochner* por *West Coast Hotel Co.* é avaliada como correta pois as premissas factuais assumidas pela decisão anterior se provaram falsas com o correr dos anos, o que implicava a necessidade de a corte revisar sua interpretação. *Lochner* havia, sob o argumento da liberdade contratual da 14ª Emenda, interpretado como inconstitucional uma lei do estado de Nova York que impunha a empregadores a obrigação de respeitar o limite de carga horária de dez horas diárias e 60 horas semanais a padeiros.

Em 1937, ano em que *West Coast Hotel Co.* fez a corte revisitar questão jurídica semelhante, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que sua interpretação sobre liberdade contratual estabelecida em *Lochner* teria se provado equivocada por haver se baseado em premissas factuais que se revelaram falsas. *West Coast* questionava se leis estaduais que estabeleciam salário mínimo seriam constitucionais ou não. Mais uma vez, estava em causa, portanto, a possibilidade de leis estaduais regularem relações de trabalho e comércio entre sujeitos. *West Coast* pôs fim à chamada era *Lochner* ao decidir que, ao contrário do que se sabia em 1905, agora já estaria factualmente comprovada a incapacidade

---

[94] Os critérios já eram mencionados em conjunto, embora de maneira mais superficial em decisões anteriores à Casey: *Payne v. Tennessee*, (1991).

[95] "Within the bounds of normal *stare decisis* analysis, then, and subject to the considerations on which it customarily turns, the stronger argument is for affirming *Roe*'s central holding, with whatever degree of personal reluctance any of us may have, not for *overruling* it." Planned Parenthood of Shoutheastern Pennsylvania v. Casey (1992).

[96] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905),

[97] West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379. (1937).

[98] Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

[99] Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

da liberdade contratual existente em um mercado não regulado garantir padrões mínimos de bem-estar às trabalhadoras e aos trabalhadores.

Aplicando retroativamente a doutrina do *overruling* cristalizada em *Casey* para analisar o caso de *Lochner*, a corte afirma que o último dos critérios previsto no teste atuaria no caso, ou seja, os fatos sociais relacionados à decisão se modificaram de tal forma que tornaram a posição estabelecida anteriormente insustentável.[100]

No caso de *Brown*, a razão para o *overruling* de *Plessy* também seria a interpretação equivocada da corte de uma premissa factual. Na decisão do final do século XIX, a compreensão exposta pela corte foi a de que o tratamento diferenciado entre pessoas brancas e pessoas de cor não implicava, por si só, uma estigmatização ou inferiorização de pessoas negras. Para a corte de *Brown* (1954) esta premissa provou-se falsa, pois estaria comprovada a relação direta entre a segregação e a grande desigualdade entre os serviços públicos prestados a pessoas brancas e a pessoas negras.

Lidos desta forma, *West Coast Co.* e *Brown* representavam a aplicação de princípios constitucionais a fatos que passaram a ser cognoscíveis apenas depois que a decisão anterior foi tomada ou a fatos que passaram a ser compreendidos ou interpretados de forma diferente com o passar do tempo entre a decisão que se superava e a nova decisão. A contestação das premissas factuais adotadas por *Roe* não seria possível em *Casey*:

> Porque os casos que temos diante de nós não apresentam tal ocasião, a mesma resposta não pode ser atribuída. Porque nem os fundamentos factuais da posição central de *Roe* nem a nossa compreensão desta questão mudaram (e porque nenhuma outra indicação de que o precedente se enfraqueceu foi apresentada), a Corte não poderia fingir estar reexaminando o precedente com qualquer justificativa além de uma disposição doutrinária atual para decidir de forma diferente da Corte de 1973. Superar o precedente anterior por qualquer outra razão que não esta seria contrário à posição repetida em nossos casos de que um *overruling* deve se assentar em alguma razão especial além da crença de que um caso anterior foi erroneamente decidido.[101]

---

[100] Pode-se questionar se a argumentação desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América para afirmar que o *overruling* de *Lochner* foi correto é realmente realizado a partir da constatação de uma mudança fática. Eu entendo que a argumentação que a corte realiza em *West Coast* foi, na verdade, uma avaliação dos efeitos da decisão de *Lochner*, e não a constatação da utilização de uma premissa fática equivocada. Conforme será abordado no capítulo 4, estes dois argumentos têm naturezas distintas. Enquanto um juízo de erro baseado na avaliação normativa dos efeitos gerados por uma decisão passada pode ser classificado como um juízo de erro de natureza interpretativa, o juízo de erro que afirma que uma decisão anterior equivocou-se na utilização de uma premissa fática é classificado como um juízo de erro não interpretativo.

[101] "Because the cases before us present no such occasion it could be seen as no such response. Because neither the factual underpinnings of *Roe*'s central holding nor our understanding of it has changed (and because no other indication of weakened precedent has been shown), the Court could not pretend to be reexamining the prior law with any justification beyond a present doctrinal disposition to come out differently from the Court of 1973. To overrule prior law for no other reason than that would run counter to the view repeated in our cases, that a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided". Planned Parenthood of Shoutheastern Pennsylvania v. Casey (1992).

Os critérios sistematizados no teste realizado em *Casey* foram se consolidando em decisões posteriores e conformando a substância do que a exigência de justificação especial significa para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.[102] Em *Kimble v. Marvel Enterprises Inc*., decisão de 2015, a corte indicou que a doutrina do *stare decisis* desenvolvida em *Casey* influencia de maneira significativa a sua dinâmica decisória, na medida em que sustenta a manutenção de decisões incorretas. A afirmação reforça a compreensão de que o fato de uma decisão ser consistente com um precedente não é indício de que essa decisão esteja, de fato, se subordinando à autoridade do precedente. Para que precedentes horizontais tenham de fato autoridade, a decisão anterior deve operar como uma razão *per se* para a tomada de decisão. Isto seria mais visível em casos em que cortes posteriores divergem da posição de decisões anteriores mas mesmo assim consideram a manutenção de tais posições.[103]

Como dito anteriormente, a identificação desses critérios não significa afirmar que eles são usualmente ou mesmo corretamente utilizados em todas as decisões nas quais a Suprema Corte dos Estados Unidos da América discute a possibilidade de superar precedentes.[104] Há, em verdade, estudos que desconstroem a existência de uma doutrina para a superação de precedentes consolidada nos moldes da desenhada em *Casey.*[105] Com base na análise de estudos empíricos, Schauer argumenta que o constrangimento exercido por precedentes não é um fator relevante para descrever a atividade judicante da corte constitucional dos Estados Unidos, sendo o *stare decisis* uma doutrina muito mais preconizada, anunciada ou pregada do que propriamente seguida.[106]

Sumarizando diversos estudos empíricos, Saul Brenner e Harold Spaeth vincam que, muito embora a corte preencha suas decisões com afirmações de que está a seguir intepretações passadas, ou mesmo que as *Justices* afirmem estar limitadas por precedentes, o fato é que raramente precedentes são determinantes para prever o curso de ação das

---

[102] Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 444 (2000).

[103] "*Stare decisis* has consequences only to the extent that it sustains incorrect decisions; correct judgments have no need for that principle to prop them up". Kimble v. Marvel Entm't, LLC, U.S. 2401, 2409 (2015);

[104] Não é objetivo do trabalho sustentar que qualquer corte constitucional, seja a estadunidense ou a brasileira, é ou não consistente na aplicação de determinados limites à superação de precedentes. É suficiente para o trabalho demonstrar que argumentos jurídicos ainda são capazes constranger a atividade da corte.

[105] Jeffrey A. Segal; Harold J. Spaeth, "The influence of *stare decisis* on the votes of supreme court justices", 40 am. *J. Pol. Sci*. 971 (1996), p. 983-84. James H. Fowler; Sangick Jeon, "The authority of Supreme Court Precedent" *Soc. Networks*, 16 (2008), p. 1243. Thomas G. Hansford; James F. Spriggs,; Paul J. Wahlbeck, "The life of the law: judicial Politics and legal change", *Journal of Policits* 59 (1997), p. 792.

[106] Frederick Schauer, "Stare decisis and the selection effect", in Cristopher J Peters, *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer (2013). Frederick Schauer, "Has precedent ever really mattered in the supreme court?", p. 346.

julgadoras ou da corte constitucional.[107] Juízas seriam mais efetivas em anunciar a vinculação a precedentes do que em de fato se subordinarem a esta vinculação. Neste contexto, decisões que seguem a lógica de *Casey* são classificadas como exceções.

Utilizando modelos estatísticos, Spriggs e Hansford desenvolvem estudo empírico no qual procuram avaliar quais variáveis externas e internas à Suprema Corte dos Estados Unidos da América constrangem as preferências políticas das juízas na hora de superar ou não uma posição anterior.[108] A conclusão é de que variáveis jurídicas informais e formais influenciam a decisão por superar ou não um precedente de maneira mais significativa do que a distância ideológica entre a composição da corte subsequente e o precedente contestado.[109] Entre as variáveis jurídicas informais, duas são as tendências: (i) a corte tem menos chance superar um precedente baseado na interpretação de uma lei quando comparável a um precedente baseado na interpretação de uma norma constitucional; (ii) é mais provável que a corte supere um precedente que venha sendo interpretado de maneira negativa, ou seja, uma decisão passada cuja a corte venha demonstrando desacordo mas que ainda não tenha superado.

Entre as variáveis classificadas como formais, o estudo indica que características próprias dos precedentes também influenciam: (i) quanto maior a clareza com a qual um precedente é expresso na decisão colegiada que o cristaliza, menor a chance de que seja superado; (ii) decisões que envolvem discussões sobre separação de poderes não fragilizam precedentes de maneira específica.

A inconsistência com a qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aplica seus testes para racionalizar a superação de precedentes é criticada não só pela academia, mas também pelos próprios membros do tribunal. Em *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, por exemplo, a corte superou um precedente da década de 1970, *Abood v. Detroit Board of Education,*[110] que considerava constitucional a obrigatoriedade de funcionários públicos pagarem taxas sindicais. Em seu voto divergente

---

[107] Saul Brenner; Harold j. Spaeth, *Stare Indecisis: alteration of precedent on the supreme court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

[108] James F. Spriggs, II; Thomas G. Hansford, "Explaining the *Overruling* of U.S. Supreme Court Precedent", *The Journal of Politics* 63 (2001) p. 1091-1111.

[109] "In conclusion, our analysis indicates that Supreme Court justices are constrained decision makers. Justices are motivated by their policy preferences, but when deciding to overrule cases they are also constrained by both informal norms and specific precedent characteristics. Indeed, our empirical results indicate that legal norms exert a stronger substantive influence on the *overruling* of precedent than the justices' policy preferences. Thus, one of the principal implications of this research is that legal norms can exert considerable influence on Supreme Court decision making." James F. Spriggs, II; Thomas G. Hansford, "Explaining the *Overruling* of U.S. Supreme Court Precedent", p.1108.

[110] Abood v. Detroit Board of Education 431 US 209 (1977).

em *Janus*, a *Justice* Elena Kagan expressou que a corte estava superando *Abood* sem aplicar o teste usualmente mobilizado, fazendo-o simplesmente por não concordar com a posição anterior.[111] Na análise de Linda Greenhouse, que apontou *Janus* como o caso mais emblemático que a Suprema Corte americana decidiu em 2018, a forma como *Abood* foi superado permite afirmar que nenhum precedente está a salvo.[112] A crítica de Greenhouse traz implícito o argumento de que *Abood* deveria ser mantido porque seria direito da comunidade não ter certas posições jurídicas superadas a não ser sob determinadas circunstâncias.

2.4.2 Câmara dos Lordes

Trabalhos nos quais se discute o *overruling* na Câmara dos Lordes do Reino Unido identificam critérios que impediriam tal corte de realizar a superação de posições anteriores mesmo que as compreendam como equivocadas.[113]

O mais importante critério seria a verificação pelas cortes do presente se existem ou não novas razões substantivas para rediscutir casos já resolvidos por precedentes. Ou seja, se a nova discussão não trouxer nenhum argumento novo à corte do presente em relação ao debate realizando pela corte do passado, a estabilidade e a segurança requeridas pelo sistema jurídico recomendariam a manutenção do entendimento anterior. Se a Câmara dos Lordes, por exemplo, decidira que o princípio do devido processo legal presente no *common law* inglês não impede a aplicação de pena de morte, um argumento baseado neste mesmo princípio jurídico não poderia ser utilizado para tentar a reversão da posição em um novo caso.

Um segundo critério relevante seria a proteção da confiança justificada: se cidadãs, empresas ou outros agentes sociais agiram ou passaram a adotar determinada conduta

---

[111] "The majority has overruled *Abood* for no exceptional or special reason, but because it never liked the decision. It has overruled *Abood* because it wanted to." Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, 138 U.S. 2448 (2018). (Voto dissidente Justice Kagan).

[112] Linda Greenhouse, The Supreme Court's Challenge to Civil Society, *International Dialogues in Constitutional Law Constitution, Politics & Institutions, University of Sao Paulo School of Law*, 2019.

[113] Desde o Ato de Reforma Constitucional de 2005 a Câmara dos Lordes não mais cumpre a função de corte final de apelação no Reino Unido, função exercida pela Suprema Corte do Reino Unido. Os trabalhos mencionados, no entanto, se debruçam sobre o acervo decisório da antiga corte, que teve suas doutrinas jurídicas sobre o precedente judicial absorvidas pela corte instalada em 2010. J. W. Harris, "Towards Principles of *Overruling*: When Should a Final Court of Appeal Second Guess?." *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990),p. 135-199; Isabelle Rorive, "Towards Principles of *Overruling* in a Civil Law Supreme Court", in T. Endicott, T; J. Getzeler, J; E. Peel. (Orgs.), *Properties of Law : Essays in Honour of Jim Harris*, p. 277-296, Oxford: Oxford University Press, 2006.

confiando que tais comportamentos eram autorizados pela posição anterior de um tribunal, tais expectativas justificadamente nascidas devem criar uma presunção em favor da manutenção do precedente.

Harris e Rorive apresentam que um terceiro critério que a Câmara dos Lordes considera quando discute a autoridade de precedentes é o compromisso com o Legislativo: caso o congresso tenha legislado tomando como pressuposto direto a correção da decisão jurídica anterior ou mesmo votado pela não modificação de tal posição (*backlash* frustrado, por exemplo), tem-se um elemento de legitimação importante para a manutenção do precedente.

Por fim, outro parâmetro limitador do *overruling* seria a recomendação de que o tribunal não supere teses por mero interesse acadêmico. É dizer, caso a tese seja lateral ou dispensável ao que se está a julgar, o tribunal não poderia utilizar-se do momento para superá-la.

Como nota importante, a idade de um precedente não é identificada nem por Harris nem por Rorive como fator determinante para superar ou não posições anteriores na Câmara dos Lordes. Constatação importante do trabalho de Harris é que, quando a Câmara dos Lordes se enxergava diante da possibilidade de modificar entendimentos sobre questões que considerasse fundamentais ou que envolvessem princípios mais caros ao sistema jurídico, as restrições acima mencionadas cedem à argumentação que melhor interpreta tal princípio ou valor. Em situações desta natureza, é mais importante que prevaleçam as interpretações compreendidas como corretas no presente do que a estabilidade ou continuidade de uma interpretação que viole tal valor fundamental.

Em resumo, não é a interpretação equivocada de qualquer princípio ou regra que deve prevalecer ou ser submetida aos critérios do teste proposto. Haveria uma diferença qualitativa entre regras e princípios jurídicos que os dividiria entre (i) aqueles que deveriam ter suas interpretações equivocadas submetidas ao teste do *stare decisis* e (ii) aqueles que não deveriam ter suas interpretações contestadas subordinadas a tal filtro. Se com os princípios e regras da primeira classe o teste poderia possibilitar a permanência de posições compreendidas como equivocadas, nos princípios e regras da segunda classe isso não seria recomendável.

2.4.3 Supremo Tribunal Federal e autoridade horizontal de precedentes

Reconhecer que o acervo decisório do Supremo Tribunal Federal exerce força normativa para o próprio tribunal e para os demais órgãos do Judiciário há muito deixou de ser uma questão altamente controversa no plano descritivo. É cada vez mais difícil se opor ao fato de que não só o STF mas todo o Judiciário produz normas jurídicas ao desempenhar sua atividade de interpretação e aplicação do direito. O eixo de discussões mais proveitoso deve se voltar, portanto, para a forma como este direito judicial[114] é construído (normogênese), atentando-se para os desafios e possíveis disfuncionalidades de um sistema no qual a colegislação entre cortes e parlamentos é enxergada como premissa.[115]

2.4.3.1 STF e seu tímido acolhimento da tese das razões especiais

No que diz respeito à relação com a tese das razões especiais, o STF também já possui em seu acervo casos nos quais justificações especiais para o *overruling* são requisitadas. Embora tímida, a adoção da tese das razões especiais é consequência do reconhecimento de uma autoridade do precedente que independe de um juízo de correção sobre a decisão anterior. Assim como indicado com a análise dos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos, a identificação desses casos não permite afirmar que este reconhecimento da autoridade do passado decisório é constante na corte, indicando apenas que, em determinados momentos, ela se reconheceu diante do dilema entre a opção por manter uma decisão que compreende como equivocada ou superá-la.

Exemplo de mobilização de uma conceituação forte da autoridade horizontal de precedentes pelo STF ocorreu na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, na qual se julgou a compatibilidade entre a Constituição e o rito de *impeachment* estabelecido pela Lei nº 1.079/50. Um dos principais argumentos utilizados pelo voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso foi o de que sua decisão seguia a mesma interpretação concretizada pelo STF no MS nº 21.564 (julgamento do rito do *impeachment* de Fernando Collor de Mello).[116] Aqui parece ficar clara a intenção

[114] A categoria direito judicial será utilizada como gênero amplo, no qual se incluem diversos produtos normativos derivados da atuação do Judiciário: precedentes, súmulas, súmulas vinculantes e decisões judiciais.

[115] Reconhecer que cortes, assim como parlamentos, constroem o direito não implica afirmar que o material normativo oriundo dos dois poderes seja idêntico ou que possuam uma mesma natureza. A premissa da colegislação apenas aponta ser a atividade decisória do Judiciário parte da tarefa de construção das normas jurídicas, e não um exercício que reclama uma normatividade pré-estabelecida.

[116] ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015.

da corte de reconhecer a existência daquilo que o Ministro Luiz Fux denominou, em debate oral de outra ação julgada no Tribunal, de "presunção de legitimidade da jurisprudência".[117]

O respeito à tese do MS nº 21.564 chega ao ápice no momento em que o acórdão prefere seguir o entendimento anteriormente esposado mesmo reconhecendo que ele não realiza a melhor exegese da Constituição.[118] Na discussão sobre o papel da Câmara e do Senado no procedimento de recebimento da denúncia e posterior afastamento da denunciada, o argumento da vinculação à decisão passada foi essencial para decidir que a Presidente só deveria ser afastada após um duplo juízo de admissibilidade, realizado tanto pela Câmara quanto pelo Senado, e não já após um único juízo de admissibilidade da denúncia na Câmara, como uma leitura inicial da Constituição[119] poderia indicar e como defenderam em seus votos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.[120] Para Barroso, a interpretação adotada pelos três ministros também seria a mais adequada, mas o argumento da proteção da segurança e da igualdade resguardados pela autoridade do precedente foi aqui forte o suficiente para garantir a preservação de uma interpretação compreendida como equivocada.[121]

Outro caso em que o STF discutiu limites à possibilidade de superar decisões anteriores foi no Recurso Extraordinário nº 655.265, em que se debateu qual deveria ser o

---

[117] "Por exemplo, hodiernamente no moderno Direito Processual, em razão exatamente da presunção de legitimidade da jurisprudência, que é igual à presunção de legitimidade das leis, exige-se uma modulação na modificação da jurisprudência quando ela é alterada sem que haja qualquer alteração legal, o que, mutatis mutandis, foi o que aconteceu aqui, porque a jurisprudência anterior do Supremo chancelava essas delegações por atos interna corporis, por atos administrativos. E foi depois daquele Plenário, com a Ministra Ellen, que nós modificamos para exigir a legalidade. Então, nada mais razoável de que, a partir de agora, a regra é outra. Mas, até então, eles atuaram consoante a jurisprudência." ADI 2415, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011. (Manifestação oral do Ministro Luiz Fux).

[118] ADPF 378 MC, 2015.

[119] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

[120] "(...)o art. 52, inciso I, da Constituição Federal já fala que a competência privativa do Senado é para o processar e julgar, ou seja, ele processa aquilo que já existe, um processo. E só se pode falar de processo depois de recebimento de denúncia. Então, esse "autorizar" da Câmara, para mim, tem um significado muito maior do que aquele que a divergência apresentou." Supremo Tribunal Federal. ADPF 378 MC, 2015. (Voto do ministro Dias Toffoli).

[121] "A titulo de esclarecimento, reitero que, em verdade, a interpretação mais adequada do citado art. 19 da Lei no 1.079/1950 a luz da Constituição sequer envolveria a realização de votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados para a composição da Comissão Especial. A Comissão seria simplesmente designada pelos líderes dos partidos ou blocos partidários. Essa interpretação afasta o risco de sucessivas deliberações do Plenário denegatórias das indicações feitas pelos líderes. Evitam-se, assim, tentativas de se inviabilizar a formação da Comissão Especial. Apesar disso, como se reconhece que, em 1992, a Câmara dos Deputados adotou a interpretação de que haveria uma votação no Plenário para ratificação dos nomes indicados pelos líderes, vota-se por manter, para o rito de *impeachment* em curso, a realização de eleição pela Câmara, limitando-se a confirmar ou não as indicações feitas pelos líderes dos partidos ou blocos, sem admissão de candidaturas avulsas. Supremo Tribunal Federal." ADPF 378 MC, 2015 (Voto do ministro Roberto Barroso).

termo final para contagem do tempo de atividade jurídica que a Constituição requer, em seu art. 93, I, para a posse no cargo de juíza.[122] Posição anterior do tribunal, cristalizada na ADI nº 3.460,[123] definia ser a data da posse o termo final, enquanto RE manejado pretendia que o STF estabelecesse a data da inscrição definitiva no concurso como prazo constitucionalmente adequado. No julgamento do RE, o tribunal ou seus ministros não expressam que a decisão anterior é equivocada, mas há o interesse do relator do caso em desenhar critérios que autorizariam ou não a superação de precedentes.

No voto do ministro Fachin que terminou por conduzi-lo à relatoria do acórdão da decisão, fica expresso que a nova interpretação pretendida pelo recorrente não poderia ser alcançada por duas razões diferentes: "Com todas as vênias ao percuciente voto do i. Relator, não visualizo afronta à Constituição nessa interpretação, tampouco houve inovações – fáticas ou jurídicas – a indicar a superação daquela interpretação ou a sua oportunidade neste momento."

Para Fachin, caso um precedente não seja fruto de um evidente equívoco de interpretação constitucional, o teste para aferir se ele mereceria ou não ser superado seria composto de duas etapas: i) verificação da consistência sistêmica do precedente e ii) verificação da incongruência social do precedente. Esses dois critérios demonstrariam a existência ou não de um desgaste da decisão anterior.[124]

Pelo voto de Fachin, pode-se depreender que a consistência sistêmica teria relação com a capacidade, a cognoscibilidade e a replicabilidade do precedente, ou seja, com a possibilidade da regra ou princípio estabelecido ser bem compreendido e de viável utilização em decisões futuras pela própria corte. Por outro lado, a congruência social diria respeito à aceitação do precedente e à capacidade dele estabelecer de maneira definitiva a controvérsia jurídica em disputa. O fato de que existem poucos recursos que contestam a posição que o STF houvera estabelecido na ADI nº 3.460 denotaria, por exemplo, que o precedente que se pretendia superar era pouco contestado.[125]

---

[122] RE 655265 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2019.

[123] ADI 3460 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015.

[124] "A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (replicability), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (basic *overruling* principle*)".* RE 655265, 2019. (Voto do ministro Fachin).

[125] "Por fim, há o eloquente fato de poucos recursos sobrestados nesta Corte (localizei somente três), se considerado o número de concursos e concursandos para a carreira da magistratura desde a decisão tomada na referida ADI. Isso indica, reforço, estabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade do precedente. Não está demonstrado, portanto, o seu desgaste. A meu juízo, isso indica que a eventual revisão da tese trará muito mais

O voto de Fachin é interessante por estabelecer uma gradação entre os níveis de incorreção com que se pode avaliar uma decisão passada. Em uma primeira categoria estariam precedentes manifestamente equivocados. Nesses casos, a decisão não concede qualquer presunção em favor da manutenção da interpretação anterior. Em uma segunda categoria, no entanto, os equívocos não são manifestos, mas sim produtos do que Fachin denomina de desgaste da autoridade do precedente. É para verificar se tais situações de desgaste podem ou não ocasionar uma superação que Fachin apresenta seus critérios da inconsistência sistêmica e incongruência social.

Os mesmos critérios aparecem no voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, cujo paciente era o ex-presidente Lula e no qual se questionava a constitucionalidade da possibilidade de prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da condenação penal.[126] O argumento da congruência social é particularmente aprofundado por Fux para argumentar que a manutenção da possibilidade de prisão após julgamento de segunda instância seria adequada, pois colocaria em melhor sintonia a posição do tribunal e a suposta posição da opinião pública sobre o tema.

Neste mesmo julgamento, outro voto que pretende balizar a possibilidade de superar posições anteriores é o da ministra Rosa Weber. Weber menciona expressamente alguns fatores que seriam insuficientes para conduzir a corte a uma legítima modificação de jurisprudência: mudança de composição do órgão, argumentos pragmáticos ou conjunturais. Não há, contudo, maior aprofundamento sobre tais critérios ou mesmo a aplicação deles ao caso em análise. Weber menciona ainda que mudanças de jurisprudência não devem ocorrer de maneira brusca, necessitando de justificação expressa. A ministra também descreve ocasiões nas quais a mudança estaria autorizada: alterações fáticas significativas e mutações dos significados das regras jurídicas. Não se consegue concluir pelo voto se as hipóteses elencadas para chancelar as condutas possíveis ao tribunal (manter/superar) são taxativas ou não.

Dado importante que este conjunto das decisões do STF revela é que a admissão da autoridade horizontal de precedentes não se assenta necessariamente sobre razões

---

prejuízo do que benefício, em termos de segurança jurídica e de isonomia.)É dizer, em resumo, que não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. *Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando." RE 655265, 2019. (Voto do ministro Fachin.

[126] HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018. (Voto Min. Luiz Fux).

institucionais ou hierárquicas; é dizer, não é um efeito concedido formalmente pelo ordenamento que concede força aos precedentes. Há, pois, uma distinção entre o que normalmente se denomina de precedentes formalmente vinculantes – detentores de uma autoridade *de jure* - e precedentes que possuem uma autoridade *de facto*.[127]

Adriana Vojvodic também alcança conclusão semelhante ao analisar precedentes no STF. Como premissa de suas análises, ela diferencia conceitualmente dois fenômenos: (a) a potencial autoridade que pode ser reconhecida pelo sistema jurisdicional a uma decisão e (b) o efeito vinculante que a legislação concede expressamente a certas decisões. A relação entre estas duas categorias - autoridade das decisões e efeito vinculante - é algo construído pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo um comando legal que necessariamente as correlacione. Vojvodic cobra que não se utilize o critério da vinculação por mandamento legislativo para se analisar a autoridade do precedente; não há necessidade de reconhecimento pelo legislador de que uma decisão é vinculante para que seus efeitos normativos emerjam. Não seria o efeito vinculante a marca fundamental de uma cultura de precedentes, principalmente em sua dimensão horizontal, mas sim a consideração de decisões anteriores como parte da argumentação necessária a uma adequada decisão sobre o caso.[128]

Apesar da constatação de que o STF tem avançado na identificação de uma força própria aos seus precedentes horizontais, assim como no tópico sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é importante destacarmos estudos empíricos e análises teóricas que apontam os desafios com os quais a instituição ainda precisa lidar para o desenvolvimento de uma prática consistente de respeito aos seus precedentes. Por que hoje é totalmente contraintuitivo afirmar que o STF possui uma vinculação racional a seus precedentes? As razões pelas quais esta autoridade horizontal é enxergada como débil serão analisadas pelos próximos subtópicos. A fim de diferenciá-las e encorpá-las, entendi por bem separá-las em três diagnósticos diferentes sobre as dificuldades da prática argumentativa com precedentes na corte.

2.4.3.2 O diagnóstico do tribunal de conjuntura

[127] Amy Coney Barret, "Precedent and Jurisprudential Disagreement" *Texas Law Review* 91 (2013), p. 1711-1738.
[128] Adriana Vojvodic, "Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro", p. 84.

Uma primeira chave para a explicação da fragilidade da operação com precedentes no STF é a de que o tribunal observa as suas decisões anteriores ao sabor das pressões políticas e sociais que enfrenta, venham elas de dentro da própria corte, via *lobbies* corporativos, por ingerência de outros poderes ou por manifestações da sociedade civil.[129] Uma questão jurídica já colocada ao tribunal pode não receber a mesma resposta simplesmente porque a corte pode optar por decidir o caso de forma diversa em razão das mudanças no contexto político imediato que esteja enfrentando.

Em muitos desses casos o desprezo ao passado não é explicado somente a partir da existência de diversas – mas limitadas - possibilidades da interpretação da lei e da própria jurisprudência. As críticas desta linha não acreditam ser a observância dos parâmetros eminentemente jurídicos uma garantia de respostas únicas e uniformes aos casos enfrentados pelo STF. Certo grau de incerteza é algo tomado como premissa para a atuação da função jurisdicional e as características próprias da linguagem jurídica não são capazes de eliminá-la. O problema existe quando esta incerteza desborda para um território patológico no qual as possibilidades decisórias fornecidas pelas diversas expectativas jurídicas que o sistema comporta são substituídas estrategicamente a fim de atender interesses de ocasião – no que foi chamado de "populisprudência".[130] Dentro desta estratégia, ao mesmo tempo que opera como a causa da instabilidade interpretativa, a adequação de decisões à pressão social de momento é também vista pela corte como fonte de legitimidade da decisão.

Neste cenário, o conceito de jurisprudência sobreviveria como "licença poética",[131] não possuindo credibilidade analítica para descrever o comportamento decisório da corte. O que haveria seria uma espécie de uso retórico da jurisprudência, no qual os participantes utilizariam as decisões quando com elas concordassem, mas não considerariam seus fundamentos se delas discordassem.[132] A manutenção ou a superação de precedentes seria realizada mais por referenciais exógenos ao discurso jurídico do que pelo atendimento a parâmetros institucionais e métodos previamente estabelecidos.

---

[129] Diego Werneck Arguelhes. "Tribunal de Conjuntura: o Supremo se submeteu ao Senado", *Jota*. < disponível em https://www.jota.info/stf/supra/tribunal-de-conjuntura-o-supremo-se-submeteu-ao-senado-12102017, último acesso em 7.9. 2018.>

[130] Conrado Hübner Mendes, "Populisprudência", *Época,* < disponível em ://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/populisprudencia.html, último acesso em 7.9. 2018>.

[131] Conrado Hübner Mendes, "Populisprudência", 2018.

[132] José Rodrigo Rodriguez, *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro*), Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013; Luiz Guilherme Marinoni, "Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 49 (2009), p. 11-58;

Uma das consequências desta instabilidade interpretativa é a incapacidade de se diferenciar os discursos político e jurídico; embora sejam instituições com uma inegável dimensão política, parte-se da premissa de que cortes judiciais devem se legitimar por utilizar parâmetros decisórios que instâncias não judiciais (Legislativo e Executivo) não são obrigadas a ter em conta quando tomam decisões. A crítica do diagnóstico do tribunal de conjuntura entende que os precedentes deveriam ser um destes elementos de particularização da narrativa jurídica frente aos outros tipos de discurso, mas acusa o STF de solenemente ignorar seu passado decisório quando diante de pressões pontuais.

Em um caráter normativo, quem promove este diagnóstico compartilha a premissa de que o juízo argumentativo desenvolvido na aplicação é um dos elementos essenciais a fornecer a validade e a legitimidade à interpretação constitucional.[133] Para além de definir se a Constituição autoriza ou não a realização de abortos de fetos anencefálicos, por exemplo, importa também perguntar como o STF decidiu que a permissão para abortar em tais casos existe. Trazer esta premissa para o campo da argumentação com precedentes implica na importância de diferenciar entre formas legítimas e ilegítimas pelas quais uma interpretação anteriormente fixada pode ser superada ou modificada. Neste sentido, a pressão política influenciaria não apenas a variação dos resultados decisórios forjados pela corte, mas também a incoerência dos próprios procedimentos internos para se chegar à decisão.[134] Uma face da "populisprudência" seria a mobilização de caminhos institucionais personalizados à cada caso.

Para abrir essas rotas customizadas os ministros dispõem de alguns instrumentos institucionais importantes, como o poder de agenda e o pedido de vista. Sem formular hipóteses empíricas, mas buscando melhor interpretar as práticas do STF que influenciam a política nacional, Arguelhes e Ribeiro identificam um cenário de individualização e descentralização nos poderes decisórios da corte.[135] Sobre o pedido de vista e controle de agenda, a inexistência de uma regra formal que obrigue o tribunal a decidir dentro de determinado prazo expõe a instituição coletiva aos poderes informais e individuais dos ministros, a quem cabe decidir quando disponibilizar um caso ao plenário. Quanto ao controle de pauta, a presidência possuiria um poder ainda maior ao ser responsável por

---

[133]. Henrik Palmer Olsen; Stuart Toddington, "Legal Realism: In search of a Science of Law.", *Retfaerd 155/4* (2016), pp. 22-37, p, 29.

[134] Thiago Moreira, 'Supremo Matreiro", *Jota*, < disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-matreiro-06042018, último acesso em 11.9. 2018.

[135] Diego Werneck Arguelhes; Leandro Molhano Ribeiro, "'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro", *Novos Estudos CEBRAP* 37 (2018), p. 13-32.

decidir, dentre os casos disponibilizados pelos ministros, quais irão a julgamento ou não.[136] Essa distribuição de poder individualizada e descentralizada contribui para que, mesmo informalmente, os componentes da corte modifiquem as condições decisórias dos casos.

Este primeiro tipo de diagnóstico é acompanhado por referências a decisões específicas, mas de alto valor simbólico para a reputação do tribunal. Como exemplos, temos os julgamentos sobre a possibilidade de nomeação de investigados em ações penais para assumirem cargos de Ministros de Estado,[137] a necessidade de manifestação do parlamento sobre a prisão de membros das casas legislativas e a possibilidade de prisão após julgamento em segunda instância. Elas caracterizam-se por grande repercussão midiática, comoção de setores da sociedade civil ou relação turbulenta com os demais poderes.

Acossado por pressões de diversos atores sociais, um caminho para que o STF reforçasse sua autonomia e a autoridade de suas manifestações seria a utilização dos seus próprios precedentes como instrumento de estabilização das expectativas e mitigação das incertezas. A análise baseada no comportamento da corte diante de casos de ebulição política demonstra, todavia, que as decisões anteriores e os próprios procedimentos para tomá-las não são guias úteis para compreender os passos do tribunal. O cálculo que o tribunal realiza para definir suas decisões afasta-se de seus precedentes, saindo em busca de referenciais externos que lhe sugiram que tipo de decisão o tribunal está autorizado a tomar. Esses referenciais vão desde uma acomodação da autoridade do STF frente aos demais poderes à busca por incrementação da reputação do tribunal perante a opinião pública.

2.4.3.3 Descentralização institucional e desrespeito aos precedentes colegiados

O diagnóstico do tribunal de conjuntura já deslinda alguns aspectos institucionais que fazem do STF permeável a pressões capazes de erodir a força de seus precedentes. O presente subtópico aprofundará esta dimensão. A divisão dos tópicos quer apontar que não é necessariamente o fato de estar submisso a pressões externas ou internas que levará o tribunal a buscar caminhos institucionais que facilitem a erosão ou ocultação da autoridade de suas

---

[136] "Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário. Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão". Diego Werneck Arguelhes; Leandro Molhano Ribeiro, "'Ministrocracia'?", p. 21.

[137] Divergência entre as nomeações do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva (MS 34070 e MS 34071) e de Moreira Franco MS 34609 e MS 34615.

decisões anteriores. A busca por garantir a vitória de preferências jurídicas ou políticas pessoais dos ministros é, por exemplo, outra motivação que conduz os integrantes da corte a deliberadamente enfraquecerem posições institucionais com as quais não concordam, dificultando a sustentação de um sistema de precedentes para o tribunal. O subtópico centrar-se-á em dois destes caminhos institucionais: a monocratização e a delegação de competências decisórias para as turmas.

Entre 1992 e 2013, decisões finais de mérito e liminares tomadas individualmente representaram 93% do acervo decisório da corte, sendo que nos últimos anos o percentual de decisões colegiadas vem diminuindo não só no controle difuso, mas também no concentrado.[138] O fato de que um tribunal resolva distribuir entre seus órgãos fracionários as competências que lhe são institucionalmente reservadas não é, por si só, motivo suficiente para depreender que uma coerência decisória esteja ameaçada. No que importa a um sistema de precedentes, o problema não é descentralização em si, mas sim a falta de consistência entre as diferentes frações de uma mesma instituição. Estabelecer a relação entre os dois fenômenos é, pois, importante.

Utilizando o acervo do Supremo em Números para análise de decisões monocráticas, Hartmann e Ferreira identificaram que, no caso das decisões individuais de mérito no controle difuso de constitucionalidade, a chance de indeferimento da pretensão varia entre 86,5% a 94,7% a depender do ministro julgador; caso a amostra observada seja a de decisões liminares, a chance de indeferimento variará de 55,8% a 77,9%.[139] Para os autores, isto demonstra que as decisões individuais não servem apenas para filtrar do plenário rediscussões de teses já estabelecidas, mas também indica que os ministros decidem de forma diversa sobre os mesmos temas. A decisão a ser alcançada dependeria de fatores randômicos, relacionados à aleatoriedade da distribuição a uma determinada ministra.[140]

Em termos decisórios substanciais, a possibilidade de que ministros decidam individualmente questões sobre a interpretação da constituição implica a banalização de um *judicial review* individual,[141] que não necessariamente é subordinado às decisões anteriores do colegiado. A influência da fragmentação no destino das decisões do tribunal é também percebida no nível das turmas. Os mesmos princípios de celeridade e eficiência que

---

[138] Ivar Hartmann; Lívia da Silva Ferreira, "Ao Relator, Tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo", *Revista Opinião Jurídica* 13 (2015), p. 268-283.
[139] Ivar Hartmann; Lívia da Silva Ferreira, "Ao Relator, Tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo", p. 278.
[140] Eduardo Cambi, "Jurisprudência lotérica", *Revista dos tribunais* 786 (2001), p. 108-128.
[141] Diego Werneck Arguelhes; Leandro Molhano Ribeiro, "'Ministrocracia'?", 2018, p. 28.

conduzem à monocratização seriam igualmente responsáveis por ampliarem a competência destes órgãos fracionários. Neste âmbito, o problema emergente seria a não coincidência entre os parâmetros decisórios das duas turmas que compõem a corte, bem como a divergência entre estes órgãos e o plenário. Passagem emblemática desta questão deriva da diferença no tratamento de temas penais relacionados aos crimes de colarinho branco entre as duas turmas do STF. Enquanto a primeira turma ficou conhecida como "Jardim de Éden", a segunda foi denominada por um próprio integrante da corte como "Câmara de Gás".[142]

A percepção interna de que o resultado de uma decisão pode variar conforme o órgão que o aprecia faz com que os ministros incluam a variável turma/plenário em suas equações estratégicas. Essa ação ficou evidente na conduta do Ministro Luiz Edson Fachin de, amparado por dispositivo regimental, levar ao plenário julgamento de um pedido de Habeas Corpus do ex-presidente Lula quando o caso poderia ser julgado pela turma.[143] Algo parecido foi notado em decisão na qual o Min. Roberto Barroso,[144] no âmbito da primeira turma, liderou uma maioria que julgou inconstitucional a prisão de pacientes que haviam colaborado para realização de aborto. Em ambos os casos, dificilmente as mesmas conclusões que foram obtidas nas turmas seriam alcançadas pelo plenário.

Assim como o diagnóstico do tribunal de conjuntura desenvolvido no subtópico anterior, as análises que colocam a descentralização institucional como óbice central à formação de uma cultura de precedentes são focadas na dimensão horizontal do instituto e tomam como exemplos representativos casos com forte apelo junto à mídia e à opinião pública.

2.4.3.4 Modelo de decisão escrita, fragilidade deliberativa e *ratio decidendi*

O último grupo de pesquisas que descreve o STF como um tribunal não constrangido pelas suas decisões aponta que o modelo de decisão escrita e a prática deliberativa da corte impedem a formação das razões de decidir genuinamente coletivas.

Em artigo sobre a temática, Cardoso, Machado e Vojvodic defendem que o tribunal enfrenta a dificuldade, por vezes insuperável, de encontrar qual a razão de decidir extraível

---

[142] <disponível em: http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/gilmar-mendes-chamou-primeira-turma-do-stf-de-camara-de-gas.html, último acesso em 11.9.2018>.

[143] Diego Werneck Arguelhes; Thomaz Pereira, "O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber", *Jota*, <disponível em https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018, último acesso em 11.9.2018>.

[144] HC 124036, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 11/09/2014 (Voto vista do ministro Roberto Barroso).

de determinados julgados.[145] Analisando casos emblemáticos, como o julgamento sobre a constitucionalidade de pesquisas com células tronco, as autoras diagnosticam uma ausência de continuidade temporal no processo decisório da corte. Essa descontinuidade é ocasionada tanto pela dificuldade em se dialogar com decisões passadas, pois não se acha o fio decisório deixado pelos casos já decididos, quanto pela dificuldade que os ministros têm de fazer da própria decisão de momento um guia para as futuras decisões, dada a multiplicação de votos que não necessariamente interagem entre si.

Utilizando-se da metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin, as autoras sustentam que o STF parece estar sempre diante de uma página em branco ao decidir um novo caso, sem notícia de como o seu passado decisório poderia lhe auxiliar a tomar uma nova decisão. Este argumento complementa e desenvolve a aresta deixada pela pesquisa de doutorado de Adriana Vojvodic já citada: o STF não argumenta com os fundamentos de seus precedentes quando os casos sobre os quais tem de decidir não versam exatamente sobre a mesma questão jurídica e fática decidida anteriormente. Perde-se assim, a possibilidade de realizar uma fertilização cruzada entre interpretações e compreensões de normas constitucionais idênticas aplicadas a contextos que, mesmo não idênticos, podem guardar semelhança.

As pesquisadoras identificam que o modelo fragmentado de formação da decisão até possibilita a identificação de uma razão de decidir individual no voto de cada ministro, mas impede a gênese de uma *ratio* institucional.[146] Esse argumento responde a uma dúvida levantada por outro estudo que aborda o tema.

Analisando 266 acórdãos do controle abstrato de constitucionalidade, Klafke e Pretzel identificaram que em 68% dos casos a razão de decidir da corte poderia ser identificada sem maiores dificuldades; prevaleceria no tribunal um cenário de concentração da fundamentação, sendo possível encontrá-la ou acessando o voto do ministro relator ou congregando num grupo alguns poucos votos que exporiam a posição institucional do tribunal (nesse último caso, a maior parte dos ministros apenas seguiria as razões dos votos mais desenvolvidos).[147] Assim, o argumento de que a fundamentação dos votos estaria dispersa entre as "onze ilhas" do tribunal descreveria um rol limitado de decisões do controle

---

[145] Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado; Evora Lusci Costa Cardoso, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: Precedentes e processo decisório no STF", *Revista direito GV* 5 (2009), p. 21-44.

[146] Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado; Evora Lusci Costa Cardoso, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo", p. 31.

[147] Guilherme Klafke; Bruna Pretzel, "Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas", *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 1 (2014), p. 89-104.

concentrado. A pesquisa de Klafke e Pretzel deixa em aberto se este cenário de concentração da fundamentação pode ser encarado como uma evidência da existência de uma construção coletiva da fundamentação da corte ou se deve ser interpretado como uma indicação máxima da individualização de um processo de decisão que deveria ser colegiado.

Em resposta à pergunta, o que a análise de Cardoso, Machado e Vojvodic parece recomendar é que a ausência de canais de deliberação e interação entre os ministros ao longo do processo decisório sugere uma construção solitária do voto pelo relator. Ainda que ele reine quase absoluto enquanto motivação, não se poderia descrevê-lo como um produto genuinamente coletivo.

Além do modelo de decisão escrita em si, Cardoso, Machado e Vojvodic indicam que o caminho institucional pelo qual se chega à confecção da decisão escrita não incentiva a formação das razões institucionais por meio de práticas deliberativas. Se cada ministro analisa a questão de forma isolada em seu gabinete, com raro acesso prévio ao voto do relator – que, na maioria das vezes, prevalece -, findam os integrantes até mesmo a discordar sobre qual problema ou questão jurídica deveriam decidir ou se posicionar. Um processo deliberativo deficitário, no qual as interações dos ministros no plenário não são capazes de gerar convergências decisórias, facilita a manutenção das múltiplas razões em cada voto. Sem concordância sobre a questão colocada, é difícil que o ministro responsável pelo acórdão consiga amalgamar as diversas razões expostas pelos seus pares em uma só decisão, impedindo o resultado da solução seja convergente.[148]

Aprofundando os prejuízos que a ausência de interação entre os integrantes ao longo da formação da decisão ocasiona ao STF, Virgílio Afonso da Silva indica que a votação por meio da leitura sequencial dos votos de cada ministro desfavorece o surgimento de soluções criativas, buriladas ou complexas para lidar com questões naturalmente difíceis.[149] É dizer, o modelo não só desincentiva o surgimento de decisões coletivas, mas também a emergência de boas decisões, que seriam incentivadas em cenários com espaço para trocas argumentativas e confrontação de ideias.

Embora suscitem alguns pontos positivos da existência de um processo decisório com estas características, Cardoso, Machado e Vojvodic indicam que a adoção de um modelo em que razões claras fossem expostas promoveria a capacidade de *accountability* sobre as

---

[148] Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado; Evora Lusci Costa Cardoso, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo", p. 32.

[149] Virgílio Afonso da Silva, "Deciding without deliberating", *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), p. 557-584.

decisões da corte, tornando-as mais transparentes e controláveis socialmente[150]. Apesar de todas estas críticas, a conclusão das autoras é de que estes contornos do processo decisório não impedem, *per se*, a formação de uma cultura de precedentes no tribunal.[151] Ou seja, embora se reconheça que hoje essa cultura de respeito aos precedentes inexiste, não é correto afirmar que apenas com a mudança do processo decisório é que um novo paradigma vicejará.

Por fim, um outro aspecto da fragmentação decisória no STF é a presença dos votos divergentes. Em outro estudo centrado na análise empírica do tribunal, Virgílio Afonso da Silva indica dois aspectos ímpares na prática da divergência no STF.[152] O primeiro é a quantidade elevada de votos divergentes; o segundo é baixa probabilidade de existência de votos concorrentes [153]

A investigação de Afonso da Silva levou em consideração entrevistas com ministros atuais e passados da corte para consultar a opinião deles a respeito da prática da dissidência. Das entrevistas, sobressaem-se algumas causas para a alta taxa de divergência: (i) a prática de os ministros levarem os votos prontos às sessões, sem prévia discussão, foi considerada uma dificuldade à interação entre opiniões e possível conformação das decisões;[154] (ii) a carga de trabalho elevada foi colocada como um ponto a incentivar a divergência, pois deixa os ministros sem tempo ou condições estruturais para comungarem suas opiniões sobre a causa. A pesquisa demonstrou, ainda, que os ministros de forma geral não veem como problemática a existência de divergências dentro do Tribunal, acreditando que o modelo atual não merece alterações. Nenhum Ministro revelou-se contrário à exposição da divergência.[155] Dado essencial é que nenhum dos ministros revelou inclinação para deixar de divergir. Pelo contrário, as entrevistas dão a entender que a divergência deve ser expressa sempre que ela de fato existir, sendo enxergada como uma virtude[156]. Em oposição a essa

---

[150] Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado; Evora Lusci Costa Cardoso, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo", p. 38.

[151] Este artigo não conclui que, necessariamente, o processo decisório do STF implica a falta de uma cultura de precedentes. Tampouco a reforma do regulamento do Tribunal, transformando o processo decisório em uma esfera de deliberação e consenso entre os ministros seria a única solução para a instauração dessa cultura de precedentes. Sem dúvida, publicizar o processo pelo qual os ministros decidem pode provocar uma discussão pública sobre o procedimento, sobre a instituição, e não apenas sobre os casos concretos. Adriana de Moraes Vojvodic; Ana Mara França Machado; Evora Lusci Costa Cardoso, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo", p. 38- 40.

[152] "Salvo engano, não há estudo comparativo sobre a prática dos votos divergentes em tribunais constitucionais e supremas cortes na América Latina." Virgílio Afonso da Silva, "De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal", *Direito, Estado e Sociedade* 47 (2015), pp. 205-225, p. 205.

[153] Utilizando a distinção elaborada pelo artigo de Virgílio Afonso da Silva, votos concorrentes entre si chegam a uma mesma conclusão decisória, mas por fundamentos distintos. Votos divergentes possuem tanto conclusões quanto fundamentos diferentes sobre uma mesma questão jurídica.

[154] Virgílio Afonso da Silva, "De Quem Divergem os Divergentes", p. 210.

[155] Virgílio Afonso da Silva, "De Quem Divergem os Divergentes", pp. 214-16.

[156] Virgílio Afonso da Silva, "De Quem Divergem os Divergentes", p. 221.

postura, no entanto, há um diagnóstico comungado pelos ministros de que o tribunal sofre com excesso de individualismo. A análise de Afonso da Silva é de que a esse diagnóstico não sucede uma conclusão por parte dos atores da necessidade de se alterar a postura frente à prática da divergência. [157]

Aqui, é essencial termos em mente a distinção entre dois tipos de maioria possíveis de se formar em um colegiado: a maioria decisória e a maioria fundamentadora. Cortes constitucionais subordinadas ao modelo de maioria decisória necessitam que a maioria de suas juízas concorde a respeito da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do dispositivo em julgamento, não importando as razões conducentes a tal conclusão. Já as instituições orientadas pelo modelo de maioria fundamentadora necessitam que a maioria dos membros não somente atinja o consenso a respeito da conclusão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, mas também concorde quanto aos fundamentos para essa conclusão. No Brasil, a maioria fundamentadora é consultada somente dentro da corrente vencedora, ao contrário de países que exigem uma maioria no fundamento para que as decisões sejam tomadas.

2.5 CONCLUSÃO PARCIAL

Entendo que este capítulo 2 promoveu uma apresentação qualificada do conceito de autoridade horizontal de precedentes do qual parte a tese, permitindo isolar o tipo de autoridade decisória que está por trás do conceito de superação de precedentes identificado na introdução. Considero que, com isso, a principal contribuição do capítulo é forçar que a tese tenha de partir daquilo que a maior parte dos trabalhos sobre precedentes têm como ponto de chegada: a tese das razões especiais.

Uma inimiga teórica óbvia de uma proposta que objetiva parametrizar a atividade de superação de precedente seria uma construção que concebesse estes espaços de decisão como dotados de ampla liberdade às decisoras, na qual qualquer tipo de motivação poderia fundamentar um *overruling.* Assumo, no entanto, que utilizar uma tese de caráter normativo apenas para sustentar a vitória da racionalidade sobre a irracionalidade nas situações de *overruling* seria insuficiente. Afirmar que a tese pretende construir uma teoria normativa para regular a superação de precedentes, embora esteja correto com relação às pretensões do

[157] Virgílio Afonso da Silva, “De Quem Divergem os Divergentes”, p.224.

trabalho, diz pouco.[158] O flanco que o trabalho explorará, ao invés de um conflito-espantalho entre racionalidade e irracionalidade, concluindo simplesmente que "razões especiais" devem justificar uma mudança de interpretação, relaciona-se com a discussão sobre o que são essas razões especiais e como elas podem ser operacionalizadas.

Após apresentar a tese das razões especiais no ponto 2.1, o ponto 2.2 demonstrou como a autoridade horizontal do precedente judicial pode ser concebida de forma parcialmente independente da força das razões substantivas que esse próprio precedente carrega, no que denominei *tese da independência parcial*. Essa autoridade teria o poder de enviesar o processo decisório do presente em direção ao passado, requerendo razões especiais para que a decisão passada não fosse seguida.

Estabeleci uma relação entre esse modelo de descrição da autoridade de um precedente proferido por *C1* e a necessidade de que *C2* utilize razões especiais para superá-lo. Ao demandar que tipos específicos de razões sejam desenvolvidas para que decisões anteriores sejam superadas, a tese das razões especiais poderá implicar a manutenção de decisões que *C2* compreende como erradas, pois não será todo tipo de juízo argumentativo ou nova razão que autorizará o abandono de posições anteriormente estabelecidas.

Desenhada a relação entre o conceito de *autoridade parcialmente independente do conteúdo* e a *tese das razões especiais*, no ponto 2.3 discuti como estes conceitos interagem com a concepção de precedentes enquanto princípios formais. Compreendo que a categoria dos princípios formais me auxiliou a mais bem acessar a função das razões especiais em um debate sobre superação de precedentes, ao mesmo tempo em que impôs à tese a necessidade de justificar normativamente a classificação dos precedentes enquanto razão institucionalizada.

No ponto 2.4 tentei enfrentar uma possível crítica à conceituação da autoridade horizontal dos precedentes como uma razão institucional em parte independente do seu conteúdo. Essa crítica poderia afirmar que esta conceituação é uma construção meramente teórica, sem reverberação prática. Demonstrei que o dilema colocado pela tese das razões especiais é, além de conceitualmente justificado, também exemplificável pela experiência de certas cortes constitucionais. A análise de casos constitucionais das cortes supremas dos Estados Unidos, Reino Unido e Brasil permite desenhar certas conclusões.

---

[158] Como se verá, mesmo teorias do direito que localizam as hipóteses de superação de precedentes no terreno da discricionariedade judicial não admitem que toda e qualquer razão fundamente uma modificação de interpretação. Discricionariedade não implica autorização para agir de maneira irracional ou não fundamentada.

A primeira é que, muito embora seja relativamente comum encontrar no acervo decisório de cortes constitucionais a admissão que seus próprios precedentes só podem ser revogados por meio de uma justificação especial, estudos empíricos e análises detidas sobre os casos demonstram que essa postura de deferência ao precedente não é uma constante. Como já mencionado, a autoridade horizontal dos precedentes é muito mais celebrada do que propriamente implementada.

A alteração de posicionamento de cortes constitucionais sobre determinadas questões jurídicas não pode ser explicada apenas pela dinâmica de forças dos argumentos envolvidos na justificação das decisões. Uma nova interpretação sobre um tema decidido anteriormente não necessariamente sobrevirá em razão do emergir de uma interpretação mais correta de uma norma ou de um fato social juridicamente relevante. As modificações de jurisprudência podem também ser parte de diferentes estratégias, como o atendimento de preferências políticas contextuais das instituições ou de seus membros, a acomodação da autoridade do órgão no diálogo com os demais poderes e atores sociais relevantes, a calibragem de sua reputação junto à opinião pública, entre outros objetivos que se encontram na interseção entre as funções jurídicas e políticas que cortes constitucionais cumprem.

Como a tese busca controlar o processo de revogação de normas precedentais a partir de uma ótica argumentativa, ter consciência destas limitações é válido; ao mesmo tempo, no entanto, o capítulo nos aponta exatamente onde uma proposta normativa de cunho argumentativo pode atuar para contribuir com a racionalização da argumentação capaz de derrotar a presunção de vinculação expressa pela tese das razões especiais.

Isso porque uma segunda conclusão parcial extraída do capítulo é que os juízos sobre o erro de uma decisão anterior podem ter diferentes bases argumentativas. Há uma variedade de equívocos aferíveis, o que ocasiona diferentes consequências na forma como decisões presentes devem lidar com escolhas passadas. Especificamente em relação ao STF, quando esta corte utiliza decisões anteriores em seu processo de aplicação e interpretação do direito, o tribunal não se enxerga atado a nenhuma forma específica de se argumentar com precedentes. As dificuldades da argumentação na dimensão horizontal fazem com que ele atue de forma inconsistente para garantir as transformações e desenvolvimentos que a prática interpretativa necessita de forma controlável.

Um desafio à tese é aprofundar cada uma dessas espécies de juízos de erro e suas respectivas implicações. Afirmar que somente razões especiais podem autorizar a superação de um precedente é insuficiente para controlar processos de *overruling*, pois não há uma

única definição do que sejam as razões especiais. A análise de como cortes constitucionais manifestam a tese das razões especiais em suas realidades práticas demonstram que não há consenso sobre o que uma razão especial significa. Esta tarefa será desempenhada pelo capítulo 4, e5 da investigação.

Antes disso, contudo, o capítulo 3 terá de justificar por que o conceito de autoridade forjado para descrever a força horizontal de precedentes constitucionais é normativamente correto. Ou seja, se o presente capítulo se ocupou de apresentar conceitualmente a autoridade parcialmente independente e demonstrar que ela é presente na prática de cortes constitucionais, é necessário ainda defender normativamente a prática de seguir decisões do passado avaliadas como equivocadas. Os fundamentos normativos desta prática para a tese serão, pois, apresentados na sequência.

3 ANALISANDO OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA A AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

O capítulo anterior apresentou um breve inventário de argumentos que cortes constitucionais desenvolvem para lidar com o que denominamos de tese das razões especiais. O interesse então era apenas demonstrar que as cortes constitucionais analisadas reconhecem a tese das razões especiais como a conformação ideal para o perfil da autoridade de seus próprios precedentes, ainda que essa conformação apareça mais como uma aspiração normativa do que como uma realidade prática na vida destas instituições. Mas o que, afinal, justifica que razões especiais sejam exigidas para superar uma decisão anterior? Quais são as bases que sustentam a autoridade jurídica que uma decisão equivocada do passado exerce sobre uma decisão a ser tomada no presente? Como justificar a vinculação a decisões equivocadas como um princípio formal que controla as situações de superação de precedentes?

Justificar a exigência de razões especiais para superar decisões anteriores não é algo óbvio, e há argumentos que vão de encontro a tal requerimento. Parte da crítica à tese da autoridade horizontal dos precedentes judiciais é elaborada a partir do escrutínio dos próprios argumentos usualmente suscitados para sustentar tal força. Se, por exemplo, é afirmado que a segurança jurídica e a isonomia servem de fundamento para justificar a autoridade de precedentes, correntes críticas argumentam que um olhar mais detido sob tais fundamentos demonstra que seus conteúdos não permitem sustentar uma fidelidade a decisões incorretas.

Não é minha intenção neste capítulo analisar criticamente argumentos que podem ser levantados para justificar a prática de precedentes como um todo. Ou seja, não se quer discutir se os argumentos da autoridade teórica, da isonomia ou da segurança jurídica se prestam a embasar uma prática com precedentes de maneira ampla por parte de cortes constitucionais. Meu objetivo específico é questionar se a força desses argumentos é capaz de limitar e controlar a aplicação do direito por parte de cortes do presente ao demandar que tais instituições apenas superem decisões anteriores com a mobilização de razões especiais. Pretendo analisar quais argumentos sustentam a tese de uma autoridade horizontal parcialmente independente, conforme delineado pelo capítulo anterior. O capítulo é, assim, uma investigação sobre os pilares normativos que devem fundamentar a autoridade de precedentes considerados equivocados.

O argumento do capítulo é que precedentes contestados devem ser mantidos quando o juízo de erro formulado por cortes do presente sobre a decisão do passado estiver envolto por certos níveis de incerteza. Este argumento é denominado de *argumento do controle da incerteza*. A presença de incertezas de cortes constitucionais sobre como constituições solucionam colisões de direitos fundamentais gera, por consequência, incerteza sobre a correção ou não de decisões anteriores. Diante da presença de certo grau de incerteza sobre se o precedente é correto ou não, devem posições jurídicas anteriores ser mantidas. Sustentarei que tal argumento é o único que, para além de indicar as vantagens da prática de seguir precedentes, serve também para basear a autoridade de precedentes que têm suas correções expressamente colocadas em xeque.

Outro ponto importante do capítulo é demonstrar que diversos argumentos que em princípio sustentariam uma prática horizontal de precedentes não servem para fundamentar a fidelidade a decisões – em certa medida - equivocadas. Argumentos como a fidelidade à autoridade teórica, os ganhos de eficiência,[159] a isonomia e a proteção da confiança fortalecem a autoridade de precedentes constitucionais. Defenderei, contudo, que em casos nos quais a correção das decisões passadas é contestada, estes argumentos não possuem força suficiente para, *per se*, explicar por que um precedente possivelmente equivocado deve ser mantido. Ou seja, a manutenção de precedentes em certa medida equivocados pode promover a isonomia, a eficiência e a proteção da confiança, mas não são tais valores normativos que sustentam a própria manutenção destes precedentes equivocados.

Para construir o argumento normativo em favor do tipo de autoridade horizontal que aceitei – expresso na tese da independência parcial -, o capítulo será dividido em quatro momentos. O tópico 3.1 redefinirá o que é uma resposta normativamente correta quando se discute a possibilidade de superação de decisões anteriores. Em seguida, à luz dessa nova lente sobre o que é uma decisão normativamente correta, examinarei os argumentos que pretensamente sustentam a autoridade parcialmente independente de precedentes. No tópico 3.2 analiso o argumento da autoridade teórica e no tópico 3.3 avalio o argumento da isonomia. Como se verá, ambos serão excluídos como fundamentos para o tipo de autoridade que precedentes constitucionais necessitam no âmbito horizontal. O tópico 3.4, por fim, analisará o fundamento da segurança jurídica, que será apresentado em duas de suas dimensões: o controle dos impactos das modificações do conteúdo do direito e o controle da

[159] Desenvolvendo este último argumento, conferir: Fernando Leal, PEC da Vaquejada e o futuro do Supremo, *Jota*, <disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/pec-da-vaquejada-e-o-futuro-supremo-17022017, último acesso em 14 de julho de 2019.

incerteza do conteúdo do direito. Defenderei que apenas a segunda variante do argumento da segurança jurídica é capaz de explicar a fidelidade a decisões equivocadas. O argumento do controle dos impactos causados por disrupções interpretativas consegue apenas criar deveres para que cortes do presente sejam responsáveis com os efeitos ocasionados pela derrogação da posição anterior. Este nível de responsabilidade, contudo, é insuficiente para explicar a não superação de decisões equivocadas.

3.1 DOIS MODELOS PARA JUSTIFICAR O QUE É UMA DECISÃO NORMATIVAMENTE CORRETA

Normalmente acreditamos que uma decisão está justificada se o processo pelo qual ela foi alcançada torna plausível afirmar ser sua conclusão correta. Caso esta conclusão tenha natureza factual, o juízo de correção será de verdade ou falsidade; caso tenha natureza normativa, no entanto, a correção corresponderá a um juízo sobre a adequação de determinada conclusão a um princípio ou a um objetivo normativo que se persegue. Entenda-se por objetivo normativo a pretensão de modificar ou manter um estado de coisas no mundo, por exemplo, o objetivo de transformar um estado de coisas *x* em um estado de coisas *y*. Em um primeiro olhar, uma decisão correta em sentido normativo será aquela que, dentre todas as opções possíveis, melhor persiga ou mesmo alcance o estado de coisas *y*.

Imagine que o objetivo da minha semana é terminar de escrever um capítulo da minha tese de doutorado. Durante a semana, amigos me convidam para ir ao cinema no horário em que havia reservado para escrever meu texto. Diante dessa situação prática específica, uma primeira análise indicaria que uma decisão normativamente correta seria aquela que melhor promovesse o estado de coisas perseguido, no caso, recusar o convite para ir ao cinema e escrever a tese.

Em termos jurídicos, um exemplo pode ser útil para esclarecer o que é uma decisão normativamente acertada. A Constituição brasileira, ao estabelecer a regulação jurídica do mercado de trabalho no país,[160] indicou dois objetivos normativos: garantir a liberdade profissional dos cidadãos e, ao mesmo tempo, preservar a saúde, o bem-estar e a segurança da população. Diante desse quadro, o STF decidiu, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 511961, que uma norma a impor a exigência de diploma de jornalismo para o exercício da

[160] Art. 5º (...). XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

profissão de jornalista não é a melhor opção para promover os objetivos normativos colocados pela Constituição. Os objetivos podem ser mais bem alcançados em um ambiente no qual jornalistas não precisem de diploma para exercer a profissão.

No entanto, esse tipo de concepção sobre o que é uma decisão correta no sentido normativo não nos ajuda a explicar o tipo de autoridade própria dos precedentes judiciais. Como visto, a tese da independência parcial questiona por que devemos seguir uma decisão que, em primeira análise, pode não ser é a melhor para solucionar o caso segundo o balanço de razões disponível. Explicar por que um precedente que concretiza uma decisão subótima ou não ideal deve ser seguido demanda lançar mão de outra concepção sobre o que são decisões normativamente corretas. Em seguida passarei a apresentar como este modelo alternativo opera.

Nesta concepção alternativa, uma decisão específica pode ser normativamente classificada como correta não porque ela é a melhor *per se*, ou porque ela é a mais adequada conforme o balanço das razões substantivas disponíveis, mas sim porque ela faz parte de uma *prática* que é justificadamente melhor em relação a outras práticas decisórias possíveis. Avaliar a correção normativa de uma decisão é, assim, diferente de avaliar a correção normativa de uma prática decisória. Na primeira hipótese é avaliado se uma decisão contribui ou não para o alcance de determinado objetivo normativo. Na segunda, avalia-se como um conjunto de decisões contínuas persegue a finalidade normativa.

Se a argumentação com precedentes for vista como prática, decisões de cortes do presente que mantêm precedentes judiciais em princípio avaliados como incorretos pode ser uma postura recomendada na medida em que a prática na qual tais decisões se insere está correta. Com Stevens, podemos assim definir como essa nova concepção de correção normativa ajuda a compreender a fundamentação de uma autoridade horizontal dos precedentes judiciais: "Decisões tomadas a partir de precedentes são corretas porque argumentar a partir de precedentes é uma prática justificada, não é que argumentar com precedentes seja uma prática justificada porque os precedentes estejam corretos." [161]

Voltemos ao exemplo utilizado. Se escrever capítulos de uma tese de doutorado for enxergado como uma prática ampla, e não como uma decisão específica, pode ser que aceitar o convite para ir ao cinema em uma noite que em princípio estaria reservada para o trabalho venha a ser uma decisão normativamente adequada. Compreendendo, por exemplo, que

[161] "Decisions made using reasoning by precedent are correct because using reasoning by precedent is justified, not that reasoning by precedent is justified because the decisions made using it are correct in the sense above." Katharina Stevens, *Reasoning by precedent*, p.13.

semanas de escrita são estressantes e que seria necessário um respiro fora do texto que se está a escrever para alcançar um resultado satisfatório, poderemos justificar uma ida ao cinema diante da questão que o convite nos coloca. Visualizada dentro de uma prática, aceitar o convite para ir ao cinema em uma noite nos possibilitaria escrever melhor em noites seguintes, o que contribuiria para a finalização do capítulo (alcance do objetivo normativo). Em termos normativos, uma prática de escrita normativamente adequada seria aquela que equilibra momentos de trabalho com momentos de lazer ou afastamento do texto. Essa opção seria normativamente superior a práticas de escrita que impõem uma escrita diária e exaustiva.

Percebe-se como a utilização de modelos diferentes sobre o que é uma decisão normativamente correta leva a resultados opostos. Caso eu compreendesse a decisão que eu preciso tomar a respeito do convite para ir ao cinema apenas como uma decisão isolada, sem conexão com outros elementos que compõem minha rotina de escrita da tese, a resposta ao dilema seria a recusa a ir ao cinema, pois só ficar em casa poderia promover o objetivo normativo da minha semana. Ao contrário, se utilizo o modelo pelo qual a escrita de tese é enxergada como uma prática – e não como um conjunto de decisões isoladas – aceitar o convite poderia muito bem promover o mesmo objetivo normativo e me ajudar a escrever o capítulo a que me propus.

Considerando esta lente normativa diversa para avaliar quando uma decisão jurídica sobre a superação de precedentes estará correta é que conseguirei fundamentar uma autoridade precedental que abarque a exigência de razões especiais para a superação de decisões anteriores. Os argumentos que serão analisados a seguir não procuram justificar a manutenção de precedentes equivocados enquanto decisão individual, mas sim pretendem fundamentar uma prática de argumentação com precedentes em sentido amplo, a qual inclui a possibilidade de que, em determinado momento, decisões compreendidas como subótimas ou em princípio avaliadas como equivocadas devam ser mantidas.

3.2 AUTORIDADES TEÓRICAS E PRECEDENTES HORIZONTAIS

Uma das razões normalmente mencionadas para dotar precedentes de autoridade passa pela crença de que as agentes responsáveis por tomar a decisão anterior estariam mais bem apetrechadas ou posicionadas para tomar uma decisão correta, identificando-as como uma autoridade teórica. Para além de um conceito ligado ao domínio jurídico, uma autoridade

teórica é aquela que possui um nível de *expertise* ou conhecimento sobre determinada questão capaz de oferecer um juízo de verdade qualificado nesse âmbito.[162]

Autoridades teóricas fornecem razões para acreditar ou para agir ao oferecerem uma síntese do balanço de razões em favor de um determinado juízo. Elas não são fontes de razões absolutas ou evidentes, mas sim instâncias reconhecidas como legitimadas para oferecer um juízo final qualificado, superior ao senso comum, sobre a verdade de fatos no mundo. O produto advindo das autoridades teóricas é sempre um julgamento *all things considered.* [163] Ao mesmo tempo, a conclusão alcançada pela autoridade teórica não é a única verdade possível, mas um estágio final de um processo de disputas em torno do que é a verdade.

Estando mais bem preparadas institucionalmente para produzirem um juízo de verdade, as razões provenientes de autoridades teóricas não dependem totalmente do conteúdo material que veiculam.[164] Acredita-se na autoridade teórica não porque se sabe ou se convence que seu argumento é o correto ou verdadeiro, mas sim porque ela está em uma melhor posição para alcançar os argumentos corretos e verdadeiros. Elas servem como uma ponte entre as razões substantivas que sustentam a verdade sobre fatos e aqueles que não são capazes de compreender ou não se interessam em entender certas experiências. Provavelmente quem estiver a ler este texto será incapaz de elaborar argumentos para convencer seus pares sobre a existência de ondas gravitacionais. A única razão à mão pode repousar justamente em uma autoridade teórica: físicos recentemente ganharam prêmio Nobel por identificar a existência das ondas gravitacionais. Traduzindo para a dinâmica do precedente judicial, decisões anteriores forneceriam uma razão para agir porque as

---

[162] "To be a theoretical authority is, in essence, to have a level of knowledge and/or skill in some domain that gives one's considered views about a matter within the domain far more credibility than the views of those possessing an average level of knowledge or skill." Grant Lamond, "Persuasive authority in the law", *The Harvard Review of Philosophy* 17 (2010), p. 16-35, p. 19.

[163] Grant Lamond, "Persuasive authority in the law", p. 20.

[164] Há uma diferença entre estar no campo da argumentação prática e teórica e estar submetido a autoridades práticas ou teóricas. O direito é um domínio do raciocínio prático. Ou seja, a pergunta fundamental é "o que fazer com o direito"? O fato dele estar encharcado pelo raciocínio prático não implica inexistência de espaço seja para autoridades teóricas seja para autoridades práticas agirem dentro desse raciocínio prático. Michelon afirma que, quando aplicada a problemas práticos, autoridades teóricas fornecem não apenas razões para acreditar, mas também razões para agir: "The apparently sharp distinction between reasons to believe and reasons to act collapses when one has a reason to believe that an action should be performed. Such a reason is itself a reason to act and this is a fact of the grammar of beliefs. To say 'All applicable reasons support the belief that x is the right [thing] to do, but I don't have any reason to do x' makes as much sense as saying that 'All applicable reasons support the belief that the cat is on the mat, but there is no reason to believe that the cat is on the mat'. (…) Although a conceptual distinction could be made between theoretical and practical authority, under some conditions, having one implies having the other". Claudio Michelon, *Being apart from reasons: The role of reasons in public and private moral decision-makin*g. Springer, 2006.

autoridades responsáveis por elaborá-las estariam em posição privilegiada para tomar as decisões.

Para fins de nosso estudo, o argumento da autoridade teórica é descartado por uma razão óbvia: não há motivos para um tribunal constitucional como o STF assumir que, em algum momento do passado, o próprio tribunal estava em melhores condições de resolver uma questão jurídica do que no presente. Mesmo que a composição da corte se modifique, se pressupusermos que a instituição e as condições decisórias continuam as mesmas, não se pode chegar a um juízo de preferência por uma decisão a partir da comparação entre as qualidades do STF do passado e as do STF do presente.

Embora o argumento da autoridade teórica encete uma razão para agir ou para acreditar que independe em certa medida do conteúdo que está a ser veiculado pela autoridade, a relação de prevalência que ela quer explicar depende necessariamente de uma diferença qualitativa entre as partes que se relacionam, o que não existe na hipótese específica investigada pela tese. Mais que isso, pode-se dizer que, para criar algum viés decisório em favor da posição de *C1* sobre a decisão de *C2*, seria necessário reconhecer algum tipo de superioridade daquela em relação a esta. Em um contexto como o do STF, o argumento da autoridade teórica consegue, no máximo, justificar a necessidade de que as juízas que compõem *C2* considerem que uma decisão tomada por suas pares que compunham *C1* foi tomada. O fato das juízas de *C2* considerarem que juízas com a mesma expertise jurídica que elas próprias detêm decidiram de determinada forma no passado não é, contudo, capaz de criar um viés decisório para a repetição dessa decisão. Considerar uma decisão passada não é o mesmo que exigir razões especiais para superá-la.

3.3 ISONOMIA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TRATAR CASOS SEMELHANTES DE MANEIRA SEMELHANTE

Um dos mais recorrentes argumentos em favor de uma autoridade horizontal dos precedentes judiciais se enraíza na conhecida fórmula *treat like cases alike.*[165] Como dificilmente questões jurídicas ou mesmo não jurídicas são exatamente iguais, a máxima pode ser mais bem traduzida como uma determinação para que casos com similaridades relevantes sejam tratados de forma semelhante.

[165] Rupert Cross; J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon, 1991.

Em termos jurídicos esta fórmula pode estar fundada, por exemplo, em um princípio de igualdade formal: o fato de que *C1* interpretou determinada norma jurídica de uma maneira no passado faz nascer um argumento em favor de que *C2* mantenha a mesma interpretação no presente. Este princípio de isonomia foi reconhecido pelo Código de Processo Civil de 2015 como uma variável a ser considerada para a modificação de jurisprudência pacificada.[166]

Outra dimensão do dever de tratar casos semelhantes de maneira semelhante pode ser encontrada no reconhecimento de um dever de consistência diacrônica entre decisões anteriores e decisões do presente.[167]A consistência decisória encetada pelo princípio seria uma decorrência do próprio Estado de Direito. Se compreendermos Estado de Direito como a expressão de um governo de leis, não de pessoas, a garantia de tratamento igual corresponderia à defesa do cidadão contra as arbitrariedades do Estado. Pressupondo que o objetivo de uma corte ao decidir um caso não é apenas o de solucionar a demanda de momento, mas sim o de solucioná-la de acordo com o direito disponível, um princípio de igualdade assinala que esse mesmo direito deverá ser aplicado aos casos posteriores que guardem similaridades fáticas e jurídicas relevantes. Dessa forma se evita a proliferação de juízos particularistas que erodiriam o Estado de Direito.[168]

Essas duas dimensões do argumento de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante, no entanto, não parecem ser plenamente suficientes para justificar que decisões do passado possuam uma autoridade em certa medida independente do seu conteúdo a ser exercida diante de casos do presente. Comecemos pela última das explicações fornecidas.

É Postema quem nos auxilia a demonstrar por que um dever de consistência não necessariamente implica o reconhecimento de uma autoridade ínsita a uma decisão do passado. Um dever de consistência implica a obrigação de tratar decisões com similaridades relevantes de forma coincidente, mas não exige razões especiais para que uma decisão do presente supere a do passado caso essa última seja identificada como incorreta. É dizer, o princípio da igualdade só deveria ser exercido caso a decisão anterior fosse considerada

---

[166] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

[167]Gerald J. Postema, "On The moral presence of our past", *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill*, 36 (1991), p. 1153 - 1180, p. 1166.

[168] Jeremy Waldron, "*Stare decisis* and the Rule of Law: A Layered Approach", *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (2012), p. 11-75.

correta. Segundo Postema, um dever de consistência não comporta criar qualquer tipo de viés na decisão do presente em direção à decisão do passado caso ela seja considerada incorreta, ou seja, não se consegue fundamentar uma presunção de seguir o passado a partir de um dever de consistência: "Logo, se se tratar dois casos de maneira diferente, ou se deve mostrar que os dois são diferentes em aspectos relevantes, ou se deve (sob pena de inconsistência) admitir que pelo menos uma das decisões está errada."[169]

Um dever de consistência parece conter apenas um reclamo para que decisões diferentes sobre uma mesma questão jurídica sejam justificadas em um balanço geral de razões, o que não é a mesma coisa de criar uma inclinação a um tratamento idêntico mesmo diante de uma decisão anterior que se compreende como, em princípio, equivocada.[170] É, aliás, justamente neste sentido que a norma do Código de Processo Civil mencionada vem sendo interpretada. A obrigação de observar a isonomia imposta pelo Código vem sendo conformada como a obrigação de um dever de referência ou, no caso da dimensão horizontal, autorreferência, ordenando que as juízas se refiram e dialoguem com a história interpretativa que os tribunais possuem sobre a matéria.[171]

O dever de referência, como expressão de um dever de consistência, não implica um balanço de razões diverso do considerado caso o precedente não existisse. Em resumo, o dever de consistência não cria nenhuma presunção em favor do precedente de *C1*, nenhuma inclinação à deferência, mas sim apenas um dever de que o precedente venha a ser comentado ou referenciado pela decisão de *C2*.

Embora esta linha argumentativa possa afastar a ideia de que um dever de consistência fornece uma sustentação para justificar a tese das razões especiais, o argumento de que um princípio de justiça formal ou de igualdade formal exigiria levar em conta a decisão anterior de forma parcialmente independente do seu conteúdo ainda poderia ser suscitado. Esta hipótese, no entanto, também deve ser problematizada. A explicação do porquê uma compreensão de justiça formal conduziria necessariamente ao tratamento igual de casos

---

[169] "Then, if one treats two cases differently, *either* one must show that the two are different in relevant respects, *or* one must (upon pain of inconsistency) admit that at least one of the decisions is mistaken" Gerald J. Postema, *On The Moral Presence Of Our Past*, 1991, p. 1166.

[170] David A. Strauss, "Must Like Cases Be Treated Alike?", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 24,(2002), p. 2.

[171] "Autorreferência é um dever de fundamentação específico, pelo qual o magistrado precisa, necessariamente, referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar. Isto é, o Judiciário, ao julgar um caso que já foi por ele mesmo decidido, precisa referir-se à sua atuação, independentemente de sua decisão confluir ou se desviar da linha assumida anteriormente. Essa é uma característica essencial para o bom funcionamento do *stare decisis* e é capaz de garantir racionalidade e segurança" Lucas Buril de Macedo, "O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil", *Revista de Processo*, 237 (2014), p. 1-23. , p. 4.

semelhantes é algo muitas vezes comprado de forma irrefletida. Como afirma Karl Llewellyn: "onde quer que exista um conceito de justiça, a máxima de tratar de forma igual situações semelhantes parece estar presente; o porquê eu não sei, o fato é esse." [172]

Uma primeira problematização seria similar à desenvolvida para contestar o conteúdo do dever de consistência enquanto argumento para a tese da autoridade parcialmente independente. Caso uma decisão anterior seja considerada equivocada, uma concepção de justiça, mesmo formal, não parece exigir que um caso presente receba a mesma resposta equivocada que o caso passado recebeu.[173] A justiça formal demanda a aplicação de critérios gerais e generalizáveis a todos de forma indistinta, mas há necessidade de que estes critérios sejam avaliados como justos. Caso critérios decisórios sejam predicados como inadequados ou incorretos, o princípio da justiça formal não demanda a replicação de seus conteúdos. Desta forma, o conceito de justiça formal não é capaz de fundamentar normativamente por que precedentes que podem ser avaliados como incorretos devem ter sua autoridade preservada por órgãos decisórios.[174]

Uma segunda problematização, contudo, me parece ainda mais importante de ser discutida. Ela parte da concepção de que a própria definição do que seriam casos semelhantes é, por si só, algo que deve ser normativamente informado, ou seja, a definição de que um caso é similar a outro não é uma decisão neutra ou tomada pela simples comparação fática ou jurídica entre dois casos. Definir se casos são semelhantes, e, consequentemente, se um pode servir de precedente ao outro, é um processo que passa necessariamente por escolhas normativas.

Esse argumento é desenvolvido por Frederick Schauer e parte da premissa já mencionada de que não é tão comum encontrarmos questões jurídicas idênticas no Judiciário, podendo ser, no máximo, identificadas como semelhantes. [175] Definir o que seria essa semelhança, por sua vez, não é um mero processo abstrato de identificação de similaridades, mas sim um processo no qual se deve decidir normativamente sobre o que deve ou não contar como similaridades relevantes, é dizer, trata-se de um processo de criação de juízos de similaridade. O que deve contar como semelhanças ou diferenças relevantes a fim de formar um juízo sobre um tratamento idêntico passa por escolhas normativas que, por

---

[172] Karl Llewellyn, *The bramble bush: on our law and its study*, New York: Oceana Publications, 1960.
[173] Gary T. Schwartz, "New Products, Old Products, Evolving Law. Retroaclivity and Law", *New York University Law Review* 58 (1983), p. 796-818, p. 799.
[174] David A. "Strauss, Must Like Cases Be Treated Alike?", p. 21.
[175] Frederick Schauer, "On treating unlike cases alike", *Constitutional Commentary* 33 (2018), p. 437-420, p. 438.

sua vez, demandarão a definição sobre por qual motivo deveríamos tratar determinadas semelhanças como importantes ou determinadas diferenças como irrelevantes.

Esse olhar nos leva à seguinte conclusão sobre o argumento de que casos semelhantes devem ser julgados de forma igual*:* ao invés de lançar mão de tal fórmula para fundamentar a autoridade de um precedente independentemente de seu conteúdo, precisamos encontrar fundamentos para explicar a razão de tratar determinadas semelhanças como essenciais para um tratamento igual e outras não. Mais do que um fundamento, a máxima soa como uma conclusão alcançada a partir de algum fundamento.[176] É por esse caminho que Strauss argumenta ter a máxima um valor instrumental: em determinados contextos, tratar casos semelhantes de maneira igual será importante para promover determinados valores, como a previsibilidade ou a funcionalidade, mas seu conteúdo não pode ser descrito ele próprio como um princípio geral que fundamenta a força de uma autoridade do passado.[177]

O esforço da tese de desenvolver uma teoria normativa para superação de precedentes judiciais, contudo, não passará pela proposição de guias normativos sobre o que seriam as similaridades ou diferenças juridicamente relevantes que implicariam tratamentos isonômicos. Considero que a definição desses critérios faz parte de um momento específico da prática sobre precedentes, qual seja, a avaliação se um caso passado é ou não um precedente para um caso presente. A tese que se pretende desenvolver já parte de uma resposta afirmativa a esta avaliação anterior para daí questionar de que forma um caso identificado como um precedente do caso do presente pode ser superado. Enfrentar os desafios normativos que o argumento da isonomia nos coloca é tarefa a ser operada por um trabalho que colocasse os casos de distinção (*distinguishing*) como foco, discutindo quando um caso estaria ou não no âmbito de aplicação de determinado precedente.

3.4 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: CONTROLE DA INCERTEZA E CONTROLE DOS IMPACTOS DAS MUDANÇAS INTERPRETATIVAS

Tão comum quanto fundamentar a autoridade horizontal de precedentes pelo princípio da isonomia é sustentá-la a partir do argumento da segurança jurídica.[178] O argumento da

---

[176] Frederick Schauer, "Precedent", *Stanford Law Review*, v. 39 (1987), p. 571-591, p. 589.
[177] David Strauss, "Must Like Cases Be Treated Alike?", p. 15.
[178] Estefânia Queiroz Barboza, *Precedentes judiciais e segurança jurídica*, p.236-237. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, p. 116 ss.

segurança jurídica aplicado à fidelidade ao precedente judicial decorre da compreensão de que a mitigação das incertezas jurídicas no presente não pode ser garantida apenas pela existência de leis claras e cognoscíveis, mas sim também pela garantia de que a forma como essas leis são interpretadas e aplicadas deve respeitar padrões previsíveis.[179]

O argumento da segurança possui uma estreita relação com o argumento da autonomia dos indivíduos. Garantir que cidadãos não serão pegos de surpresa por decisões judiciais inesperadas possibilita o planejamento de suas vidas de forma mais ampla e segura.[180] Um ambiente decisório no qual incertezas proliferam implicaria a diminuição da autonomia dos indivíduos, dificultando a predição de fatores essenciais à realização de escolhas de médio e longo prazo.[181]

Apresentarei o controle das incertezas e a regulação dos impactos ocasionados por mudanças interpretativas como duas faces que o argumento da segurança jurídica pode assumir. Pela lente do controle das incertezas, a segurança jurídica pode, inicialmente, ser lida como uma garantia contra a indeterminação ou contra a incerteza dentro do direito, ou seja, uma forma de promoção da previsibilidade do sistema. A partir de um passado determinado conseguiríamos diminuir ou mitigar as indeterminações que a normatividade jurídica ocasiona.[182] A face da regulação dos impactos das mudanças interpretativas será apresentada como um aperfeiçoamento do argumento da proteção da confiança. Decisões do passado devem ter sua autoridade considerada não apenas porque originariam expectativas sobre como o Judiciário decidirá novamente a mesma questão, mas também porque suas modificações ocasionam altos custos para os indivíduos, grupos e instituições afetadas pela superação de precedentes. Nesta ótica, a segurança jurídica protege essas expectativas dos danos que um novo curso de decisão poderia ocasionar.

Compreendo que as duas dimensões da segurança jurídica – controle das incertezas/previsibilidade do conteúdo do direito e controle dos impactos das mudanças interpretativas - podem fornecer bons argumentos para que cortes do presente levem em conta a autoridade de decisões equivocadas apresentada no capítulo 2. Considero, no entanto, que a forma pela qual a autoridade deve ser avaliada em cada uma delas é diferente, sendo que apenas a primeira variação do argumento da segurança jurídica é capaz de sustentar a necessidade de manter decisões que cortes do presente acreditam estar em alguma medida

---

[179] José Rodrigo Rodriguez. *Como decidem as cortes*?: para uma crítica do direito (brasileiro), p.185.
[180] Joseph Raz, *The authority of law*, p. 210-229.
[181] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory," *South Carolina. Law. Review*, 65 (1989), p. 913-994, p. 920.
[182] Gerald J. Postema, "On The Moral Presence Of Our Past", 1991, p. 1169.

equivocadas. O argumento do controle dos impactos das mudanças interpretativas consegue, no máximo, impor a necessidade que cortes do presente modulem ou evitem efeitos deletérios oriundos da superação de precedentes, o que não é a mesma coisa de decidir por não superá-los.

Nesse ponto, é importante diferenciar a dimensão na qual o argumento do controle da incerteza atua daquela em que o argumento do controle dos impactos das transições interpretativas deve ser considerado. Colocando o fenômeno interpretativo que a tese vem analisando em etapas, pode-se afirmar que, em uma primeira etapa, corte constitucionais avaliam um precedente como incorreto ou correto. Está análise pode guardar diversas complexidades a depender do nível de incerteza que envolva esta avaliação, como as linhas abaixo demonstrarão.[183]

Definindo que o precedente é equivocado, em um segundo passo, cortes constitucionais devem avaliar como as expectativas geradas pelo precedente e os impactos de eventual mudança interpretativa influenciam a decisão sobre como superá-lo. Sustento que o argumento do controle dos impactos da mudança interpretativa, portanto, influencia a decisão sobre como superar um precedente, mas não tem força no momento em que é necessário decidir se um precedente deve ser superado ou não. Avaliar as expectativas geradas por um precedente e os impactos envolvidos numa superação é, como se verá, uma etapa posterior à avaliação sobre se um precedente deve ou não ser mantido.[184]

3.4.1 Precedentes e controle da previsibilidade: juízos de erro e graus de incerteza do direito

O argumento que a tese sustentará será que precedentes constitucionais avaliados em princípio como equivocados devem ser seguidos porque cortes constitucionais encontram-se constantemente diante de situações de incerteza sobre o conteúdo da constituição e, consequentemente, podem não ter certeza se a decisão do passado é correta ou não. Defender a autoridade de precedentes por esta perspectiva é diferente de sustentá-la porque precedentes promovem a previsibilidade ou a certeza no sistema jurídico. Em oposição a esta tese mais corriqueira, aqui defende-se que é justamente porque a incerteza existe, não

[183] Dentro destas complexidades, o capítulo 5 mostrará que o impacto que a mudança interpretativa causará será uma das variáveis avaliadas no momento que se quer decidir se um precedente é mais ou menos permitido pela constituição. O papel da análise dos impactos dentro do modelo a ser proposto, no entanto, é bem diferente do papel que os impactos que estou analisando agora.

pode ser evitada e deve ser considerada que precedentes possuem autoridade. Este argumento demandará a transição de um modelo no qual precedentes só poderiam ser avaliados como corretos e incorretos para um modelo no qual juízos de erro variam gradativamente, a partir de níveis de incerteza.

A primeira dimensão do argumento da segurança jurídica, relacionada à previsibilidade que o conteúdo do direito pode fornecer, pressupõe, por mais paradoxal que seja, a dificuldade de sustentar o passado como um conceito plenamente estabelecido. Suscita-se aqui a incontornável imprevisibilidade sobre as perspectivas que o passado estabelece. O argumento da segurança jurídica atribui duas características ao passado: uma ontológica e outra epistêmica. Ontologicamente, assinala que o passado indica um curso de ação provável de ser adotado para as decisões presentes; epistemologicamente, afirma que essa determinação de um curso de ação específico é cognoscível aos atores do presente.

A problematização a ser aqui lançada não parte de um relativismo absoluto do passado, como se não fosse possível indicar qual norma ou fundamento jurídico uma decisão anterior estabelece, mas sim da aceitação de que a normatividade a ser construída a partir do material fornecido pelo passado está sujeita a desacordo. Defender que precedentes são autoridades protegidas por razões especiais pelo fato deles fornecerem uma âncora de previsibilidade é problemático. E o é não por ser impossível argumentar que expectativas jurídicas podem, de fato, nascer a partir do estabelecimento de uma decisão prévia, mas sim ao se reconhecer que, embora expectativas floresçam, os indivíduos e as próprias juízas poderão discordar sobre os exatos contornos do que foi determinado pela decisão passada.[185] Ou seja, há dificuldade em se comprometer com a dimensão epistemológica do passado em razão dos desacordos que sua interpretação pode ocasionar. Apesar disso, defenderei que admitir uma disputa epistemológica sobre o passado não é capaz de eliminar sua normatividade, podendo apenas redefinir o tipo de autoridade que o passado decisório exerce sobre o presente.

Stephen Perry sustenta que a autoridade horizontal parcialmente independente de seu conteúdo de precedentes judiciais pode ser justificada, enquanto prática, ao compreendermos o precedente como um instrumento de controle da incerteza do direito. Seguir precedentes é uma prática justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de incerteza prática, ou seja, precedentes servem de guias diante de hipóteses nas quais há incerteza em relação a como julgadoras devem agir.[186] Se algumas das propostas para

[185] Gerald J. Postema, "On The Moral Presence Of Our Past", p. 1169.
[186] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory, p. 970.

justificar a autoridade horizontal buscavam fundamentar o precedente como um material capaz de mitigar a incerteza por meio da criação de certezas e de previsibilidade no direito, a proposta de Perry redefine a questão: ela pressupõe ser justamente porque não podemos eliminar em certos casos o caráter de incerteza e o traço de imprevisibilidade dentro do direito que a autoridade do precedente é importante.[187]

Incerteza, para Perry, ocorre quando não é possível identificar uma resposta ou uma interpretação como correta.[188] Para desenvolver este argumento, Perry parte da concepção de precedente como escolha política dentro de uma comunidade moralmente informada. Bases desta concepção abraçada por Perry são desenvolvidas por dois importantes filósofos do direito, Gerald Postema e Ronald Dworkin. Começaremos a exposição do argumento de Perry identificando essas bases comuns, que não estão expressamente reconhecidas no artigo e que podem ser amealhadas no que se convencionou chamar de concepção do precedente baseada na integridade. Em seguida, a contribuição particular de Perry será apresentada.

A proposta de Postema compreende que a subordinação à autoridade de uma decisão do passado se funda no reconhecimento da noção mais ampla de que toda deliberação moral (o que inclui a deliberação jurídica), seja ela individual, comunitária ou institucional, deve necessariamente comunicar-se com o passado para ser exercida. O passado, para Postema, não possui apenas uma dimensão histórica, literária ou narrativa, mas também uma dimensão prática ou moral. Isso significa que muitas das razões que acessamos para tomar decisões no presente estão fundamentadas em decisões passadas.[189] Há na deliberação moral uma incontornável dimensão histórica, pois as obrigações que devemos aos nossos iguais e os direitos que gozamos enquanto parte de um corpo institucional são necessariamente parte de um processo histórico de sedimentação de compromissos e escolhas comunitárias. Assim como as decisões práticas que tomamos em nossas vidas individuais são necessariamente dependentes de nossa história pessoal, também as deliberações morais comunitárias não poderão ser tomadas de maneira não histórica:

> Se em certo sentido o passado é essencial para a deliberação moral dos indivíduos, também será essencial para a prática deliberativa das comunidades. Se nós, inseridos e por meio das comunidades que constituímos, tivermos de deliberar e agir propositadamente e responsavelmente em termos cronológicos, devemos ser capazes de ver as nossas ações comuns se encaixarem em padrões e práticas significativas ao longo do tempo. As esperanças, objetivos, projetos e valores que mantemos como comunidade

[187] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory, p. 970 ss.
[188] Neste sentido, Perry discutirá a autoridade horizontal dos precedentes no grupo de casos que Arguelhes, Falcão e Schuartz identificam como hipóteses de incerteza normal ou não patológica.
[189] Gerald J. Postema, "On the moral presence of our past", p. 1155.

> tomam forma através da nossa deliberação, discurso e atividade comuns ao longo do tempo. Somos o que fazemos juntos.[190]

Dentro dessa presença incontornável do passado, a autoridade do precedente seria explicada em termos de lealdade à normatividade de uma comunidade. Esses laços comunitários e associativos que informam tanto as relações entre Estado e indivíduo quanto a relação dos indivíduos entre si seriam expressos como uma relação de igualdade, mas não de uma igualdade formal, como a da máxima de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante, mas sim de uma relação de igualdade substancial. [191] A substancialidade aqui decorre do próprio valor moral que o passado concede à norma que deve ser aplicada de forma indistinta. Essa relação de igualdade poderia ser traduzida na seguinte fórmula: uma vez que A, enquanto membro da sociedade S, foi tratado da maneira M nas circunstâncias C, logo B, também membro da sociedade S, deve, em razão do laço societário que os une, também ser tratado da mesma maneira M, quando diante das circunstâncias C.[192]

Neste sentido, o direito é histórico não apenas porque normas jurídicas podem ser historicizadas e colocadas em perspectiva, mas sim no sentido de que é característico do direito ancorar suas decisões no passado. A conexão do direito com o passado não é necessária apenas para compreender o significado da prática jurídica, suas constituições, leis ou decisões passadas, mas sim porque o acesso ao passado é incontornável para justificar o próprio exercício da prática.[193]

A construção de Ronald Dworkin desenvolve um fundamento semelhante para a força moral do precedente judicial.[194] Para Dworkin, precedentes exerceriam dois tipos de força: a de promulgação (*enactment force*) e a gravitacional (*gravitational force).* A força de promulgação explicaria uma prática baseada no princípio de justiça formal, tal qual o argumento de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante*:* caso a

---

[190] "If a sense of the past is essential for the moral deliberation of individuals, it is also important to deliberation of communities. If we, in and through the communities we constitute, are to deliberate and act purposively and responsibly *in* time, we must be able to see our common actions as fitting into meaningful patterns and practices *through* time. The hopes, aims, projects, and values we hold as a community take shape through our common deliberation, discourse, and activity over time. We are what we do together." Gerald J. Postema, "On the moral presence of our past", p. 1176

[191] Gerald J. Postema, "On The Moral Presence Of Our Past", p. 1178

[192] "Since A, a member of Society S, was treated in manner M in circumstances C, then, B, who is also a member of S, ought, in the name of co-membership, to be treated in the same manner." Gerald J. Postema, "On the Moral Presence Of Our Past", p. 1177.

[193] Kronman, Anthony Townsend, "Precedent and Tradition" (1990). *Faculty Scholarship Series.* Paper, 1059, p. 1032-33.

[194] O próprio Postema admite como sua teoria compartilha muitas bases com a teoria Dworkiniana: "My point of departure is Dworkin's account of law as integrity with which my explanation of the moral force of precedent has much in common." Gerald J. Postema, "On the Moral Presence Of Our Past", p. 1178.

linguagem de decisões anteriores reconheça a alguém determinado direito em um contexto específico, casos posteriores que recaiam na órbita definida por essa linguagem deverão ser tratados de forma semelhante, ou seja, deverão ter os mesmos direitos reconhecidos. Para Dworkin, contudo, a força do precedente vai além de sua força de promulgação. Ela fornece um relato de uma decisão política anterior e é justamente o fato dessa decisão ser parte de uma escolha política historicamente localizada que lhe concede força para ser utilizada em casos similares.[195] Precedentes fornecem, pois, um elemento conservador à teoria da adjudicação dworkiniana.[196]

Perry parte dessa visão da força política do passado decisório que Dworkin e Postema teorizam para expressar uma visão particular sobre as vantagens normativas de se adotar uma prática de precedentes que conceda uma presunção de correção à autoridade de decisões anteriores. Seu argumento enxerga que cortes devem construir uma doutrina do precedente como uma escolha política estratégica para lidar com as dificuldades impostas pelas suas falibilidades decisórias. Para Perry, juízas decidem muitas vezes em contextos de incerteza. Há incerteza, como mencionado acima, quando não se é capaz de afirmar qual a decisão correta após realizar um balanço das razões disponíveis.

Aqui é importante sublinhar a diferença que Perry aponta entre os conceitos de *balanço objetivo de razões* e *determinação subjetiva de como se deve agir* diante de questões práticas. No balanço objetivo de razões, as razões são compreendidas como fatos. Esse tipo de situação ocorre quando determinada agente tem certeza da verdade sobre todas as razões normativamente relevantes para solucionar o caso. Já o balanço subjetivo de razões pode ser compreendido como o julgamento individual baseado em razões que podem estar normativamente equivocadas ou empiricamente incorretas. Caso as razões mobilizadas no balanço subjetivo estejam corretas e sejam normativamente relevantes, o balanço subjetivo equivalerá ao balanço objetivo ideal de razões

Necessário explicitar de onde vem a possibilidade da diferença entre o balanço objetivo de razões e a determinação subjetiva de como se devem agir. Embora razões possam ser entendidas enquanto fatos, quando precisamos decidir o que fazer a partir de um balanço de razões nem sempre estamos certos sobre os fatos que figuram neste processo argumentativo. Precisamos nos fiar, pois, não nas razões enquanto fatos propriamente ditos, mas sim nas crenças que possuímos sobre determinados fatos. Assim, a argumentação

---

[195] Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review* 88 (1975), p. 1057-1109, p.1091-1092.
[196] David Pannick, "A note on Dworkin and Precedent", *The Modern Law review*, 43 (1980), p. 36-44, p.44.

prática que constitui um balanço de razões depende muito mais do grau de crença sobre determinados fatos do que em fatos propriamente ditos.[197]

Decisões práticas não raramente são tomadas diante de diversos tipos de incertezas sobre a correção das próprias razões que fundamentam as decisões. Dada a incerteza, a informação disponível para a agente tomar sua decisão é quase sempre probabilística.[198] Ao ter que decidir se o aborto é autorizado ou não por um texto constitucional, cortes constitucionais devem se basear na existência de normas constitucionais que autorizem ou não tal conduta, não sendo importante se uma juíza possui a crença de que abortar é ou não uma atitude moralmente correta. Ocorre que, antes de se chegar à discussão constitucional sobre os contornos do direito à autonomia da mulher ou sobre o suposto direito à vida do feto, pode haver uma profunda divergência entre as juízas sobre a própria existência de cada um desses direitos na constituição, ou seja, duvida-se que eles sejam fatos no mundo capazes de sustentar uma conclusão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da interrupção da gravidez. Reformulando o exemplo mencionado pela ótica da distinção entre fatos e crenças, uma corte autorizaria ou não o aborto por *acreditar* na existência de um fato – seja ele um princípio ou uma regra constitucional - que sustente a constitucionalidade da prática do aborto.

Transportando estes conceitos para a discussão sobre superação de precedentes, temos que a possibilidade de juízas decidirem de maneira equivocada ou de avaliarem equivocadamente a correção de uma decisão anterior é contextualizada dentro deste ambiente de incerteza decisória. É necessária uma estratégia para lidar com a incerteza decisória que garanta certo nível de previsibilidade nas decisões tomadas por cortes sem que se comprometa o nível de correção do ambiente.[199] É nesse cenário que emerge o conceito não exclusionário de precedente judicial de Stephen Perry. Aqui os precedentes não serão enxergados como regras, mas sim como padrões decisórios que impõem a presunção de correção de decisões anteriores.

Perry denomina sua concepção de não exclusionária para demarcar a diferença em relação à concepção de precedente exclusionária de Raz, que, conforme descrita no capítulo anterior, interpretaria precedentes como razões que excluiriam outras razões de um determinado balanço de razões. Em uma concepção não exclusionária de precedente, a

---

[197] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", p. 925-926.

[198] Peng-Hsiang Wang, "Formal principles as second order reasons", in Martin Borowski et al. (orgs.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* Zum System Robert Alexys, Mohr Siebeck: 2016, p. 17.

[199] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", p 968.

julgadora busca um nível aceitável de previsibilidade de suas decisões ao mesmo tempo em que tenta garantir que o nível geral de correção de suas decisões não seja prejudicado em função da perseguição à previsibilidade.[200]

O argumento para a deferência ao precedente judicial, nesse caso, não está fundado na crença de que aderindo a decisões anteriores aumenta-se a possibilidade de que uma corte esteja mantendo uma decisão correta. Ele se localiza na compreensão de que a falibilidade decisória de cortes em ambientes de incerteza pode gerar dificuldades e prejuízos a outros indivíduos ao potencializar a imprevisibilidade da normatividade jurídica. Uma prática de deferência ao precedente pode, pelo menos parcialmente, mitigar uma imprevisibilidade que erodiria a capacidade dos indivíduos planejarem suas vidas.

Precedentes, por esta linha, serão razões que requerem a deferência de alguma julgadora à determinada decisão autoritativa sempre que esta julgadora não saiba o que o balanço objetivo de razões determina, ou seja, quando estiver presente incerteza sobre o resultado do balanço objetivo de razões. As razões que os precedentes representam não silenciam ou substituem razões de primeira ordem, nem representam razões preemptivas. Elas são o que Perry denomina de "razões exclusionárias subjetivas", ou seja, eles determinam qual autoridade deve definir o balanço objetivo de razões em determinado contexto ou tipo de situação.[201]

O conceito não exclusionário de precedente judicial estabelece, pois, modelos de presunção de correção da autoridade da decisão anterior. A presunção é a própria tradução da deferência. Para Perry, enxergar a deferência como presunção de correção permite a um só tempo se afastar de um modelo de razões exclusionárias que impediria a rediscussão do conteúdo das decisões anteriores, bem como de um modelo de discricionariedade total no qual toda e qualquer razão poderia modificar a decisão anterior.[202]

---

[200] Stephen R. Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, p 967.

[201] Stephen R. Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, p. 923.

[202] Embora o foco desta etapa da pesquisa seja justificar a tese das razões especiais, cabem digressões sobre como Perry traduziria a presunção que ele quer criar em favor das decisões anteriores. Ele constrói dois modelos em que essa presunção pode operar: o modelo das razões epistemologicamente vinculadas e o modelo do resopesamento de razões. Um resopesamento de razões introduz um viés sistemático em favor de uma decisão anterior no julgamento de uma decisão presente. Ele modifica o peso das próprias razões de primeira ordem que estão em jogo na decisão. Não há, nesse caso, qualquer caráter preemptivo no modelo de resopesamento, pois o viés imposto pela decisão anterior sempre pode ser superado. O modelo das razões epistemologicamente vinculadas, por sua vez, regulará a presunção pela restrição das ocasiões nas quais a presunção é aplicada. Quando o agente compreende que uma determinada decisão foi correta, a presunção de correção é absoluta. Uma razão epistemologicamente vinculada é uma razão que reclama deferência até o ponto em que determinado limite epistêmico é atingido. O limite epistêmico (*epistemic threshold)*, por sua vez, pode ser definido como o estágio de incerteza sobre a correção de uma decisão passada que recomenda sustentar deferência à decisão. Stephen R. Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, 1989, p. 978.

A proposta de Perry sustenta, contudo, que a incerteza é uma questão de grau.[203] Compreende desde o caso em que C2 acredita que C1 cometeu um equívoco claro, hipótese em que o nível de incerteza é mínimo e na qual é impensável conferir qualquer deferência à decisão anterior, a situações nas quais C2 não está segura de que a decisão de C1 foi equivocada, hipótese que o nível de incerteza é alto e na qual uma deferência à decisão anterior é recomendável. Entre uma hipótese e outra encontramos diversas possibilidades de juízos sobre a posição anterior e, consequentemente, variadas opções entre superá-la ou não.

Dentro das consequências que esta primeira variável do argumento da segurança jurídica abarca, precedentes constitucionais estabelecidos por cortes do passado não possuiriam autoridade quando a corte do presente estivesse absolutamente certa sobre o que a constituição determina. Ou seja, quando uma corte do presente souber exatamente o que o balanço objetivo de razões recomenda, deve agir em conformidade com este balanço objetivo de razões, não possuindo a autoridade do precedente força para impedir a decisão que dele diverge de emergir. Inexistindo incerteza, o precedente inequivocamente incorreto não tem razão para prevalecer frente a uma decisão inequivocamente correta.[204]

O precedente teria sua força vinculada às situações nas quais a incerteza que conformaria o juízo de erro sobre a decisão anterior impede que esta própria avaliação sobre o que a constituição ordena, proíbe ou permite seja confiável. Precedentes operam, pois, como razões que requerem determinados cursos de ações apenas dentro de certas fronteiras epistêmicas, quais sejam, os contornos epistêmicos da incerteza sobre como a constituição permite ser interpretada. São o que Perry denomina de *epistemic-bounded reasons*.[205]

Para identificar o momento em que a vinculação a decisões autoritativas deixa de ser necessária em razão da existência de um nível de certeza confiável sobre o que a constituição permite, Perry lança mão do conceito de limiar epistêmico (*epistemic threshold*). O limiar epistêmico é o ponto a partir do qual determinada agente decisória deve deixar de se fiar no balanço de razões fornecido pela decisão autoritativa para seguir o seu próprio balanço de razões ao decidir. Ou seja, alcançar o limiar epistêmico depende da força da convicção de determinada agente decisória de que a decisão autoritativa está equivocada ou não é permitida pela constituição. Colocando em termos da disputa sobre a superação de precedentes, quanto menor o nível de incerteza sobre as premissas que fundamentam a

---

[203] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", p. 934.

[204] Ao explorarmos a segunda variável do princípio da segurança jurídica – proteção de expectativas legítimas – aprofundaremos a discussão sobre a possibilidade de decisões inequivocamente incorretas prevalecerem.

[205] Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", p. 923

decisão anterior, mais forte é a convicção desta agente sobre o erro ou acerto da decisão anterior.[206]

O argumento construído por Stephen Perry em favor da autoridade de precedentes diante da incerteza decisória lega algumas tarefas a uma teoria normativa que, pretendendo ir além de uma justificação da vinculação ao precedente por si, busque também operacionalizar metodologicamente como essa vinculação será superada.

A principal delas é a qualificação dos juízos de incerteza sobre a avaliação do passado decisório. Reconhecendo, como Perry o faz, que a incerteza é uma questão de grau, diferentes padrões ou tipos de incerteza sobre os erros que precedentes possuem implicariam diferentes consequências para a sua manutenção ou não. Para disciplinar metodologicamente como e quando uma decisão anterior que é presumidamente correta deve ser superada, o que a tese precisa fazer é construir parâmetros para avaliar graus de incerteza. É necessário que a tese avance e ilumine melhor as fronteiras que conformam o limiar epistêmico.

Se a área acima do limiar epistêmico é uma zona na qual a agente decisória tem certeza de que o precedente está equivocado, e por isso deve superá-lo, a área abaixo é uma região de incerteza epistêmica sobre o erro da decisão anterior na qual o precedente possui força vinculante. Encontrar parâmetros para definir os contornos de cada uma dessas áreas é avançar na definição dos graus de certeza que possibilitam ou não uma superação da decisão anterior, racionalizando essa operação jurídica. Esta tarefa será realizada pelos capítulos 4 e 5 da tese.

Antes disso, no entanto, necessário identificar qual outra faceta da segurança jurídica poderia sustentar a tese da autoridade parcialmente independente do conteúdo.

3.4.2 Controle dos impactos das mudanças de posições jurídicas

Uma segunda variação do argumento da segurança jurídica também pode fazer com que cortes constitucionais tomem em consideração a autoridade de decisões anteriores de forma parcialmente independente de seu conteúdo. Trata-se do argumento de que decisões anteriores devem ter sua autoridade considerada a fim de controlar os impactos que as transições interpretativas ocasionam no sistema jurídico.

---

[206] Stephen R. Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, p. 934

3.4.2.1 Da proteção da confiança ao controle dos impactos das transições interpretativas

O argumento aqui apresentado é uma espécie de aperfeiçoamento do argumento da proteção da confiança. O argumento da proteção da confiança sustenta o seguinte: quando a interpretação estabelecida por um precedente se consolida dentro de um contexto decisório, sua modificação deve ser evitada ao máximo a fim proteger a confiança que indivíduos, grupos de indivíduos e instituições depositaram nas orientações estabelecidas pela posição precedental. Aplicada à discussão sobre precedentes, a proteção da confiança visa tutelar as expectativas legítimas de sujeitos de direito que atuaram baseados em comportamentos decisórios de instituições jurisdicionais.[207]

A particularização do argumento da proteção da confiança em relação à segurança jurídica se dá nos seguintes termos: enquanto a segurança jurídica atuaria numa dimensão objetiva para garantir a estabilidade, a durabilidade e a credibilidade do ordenamento jurídico, a proteção da confiança agiria em uma dimensão subjetiva a fim de tutelar a situação jurídica de sujeitos determinados.[208] A proteção da confiança se referiria, pois, a uma perspectiva micro jurídica; a segurança jurídica se relacionaria a uma dimensão macro jurídica.[209]

Embora o argumento da proteção da confiança possa ser classificado como um bom fundamento normativo para sustentar certa autoridade de decisões equivocadas, compreendo que este argumento necessita de um passo conceitual a mais para ser aperfeiçoado. É necessário um argumento complexo para vincar que a proteção de expectativas e da confiança de partes interessadas possui força suficiente para em alguma medida limitar a evolução e a transformação do direito.[210] Cabe, pois, aprofundar certa desconfiança em relação ao argumento da proteção da confiança: por que, afinal, eventuais expectativas estabelecidas por precedentes devem ser consideradas na discussão sobre a superação de posições anteriores?

Em um exercício de contra argumentação, se pode afirmar que precedentes horizontais não são promessas de que cortes constitucionais sempre decidirão de determinada forma. Ao

---

[207] Ravi Peixoto, A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes. Dissertação de Mestrado. *Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco*. 2015, p.

[208] Humberto Ávila. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 398-400.

[209] Humberto Ávila. *Segurança jurídica*, p. 362-363.

[210] Randy J. Kozel, "Precedent and Reliance", *Scholarly Works Paper Notre Dame Law nº 682*, (2013), < disponível em http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/682, último acesso em 14 jan 2019.>, p. 1460.

modificar uma posição anterior, cortes estão fazendo nada mais nada menos do que exercer uma faculdade que lhes é própria. A observância da rotina de cortes constitucionais revela que a derrogação de interpretações anteriores não é nenhum acidente de percurso ou acontecimento radical em suas vidas decisórias. A própria definição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América de que o *stare decisis* não é uma regra inexorável, mas sim um comando flexível, poderia, em verdade, servir como premissa para sustentar que a autoridade de precedentes jamais possuiria pretensão de durabilidade eterna. Cortes constitucionais do presente, logo, não deveriam se sentir constrangidas a superar equívocos passados simplesmente porque jamais se comprometeram em sustentar suas decisões de forma absoluta.[211]

Por consequência, não seria recomendável que qualquer cidadão interessado no conteúdo de um precedente adotasse cursos de ação como se tal decisão fosse imutável. Partes impactadas ou condicionadas às interpretações estabelecidas por precedentes deveriam, isto sim, adotar cursos de ação tendo em conta que tais interpretações podem ser alteradas no futuro. Se as partes influenciadas por precedentes são presumidamente sujeitos que tomam decisões racionais, seu cálculo racional para a ação deveria necessariamente incorporar variáveis como a modificação do perfil ideológico de cortes e a própria natureza incerta e controversa de intepretações jurídicas.

Além disso, pode ser argumentado que, na maioria das vezes, partes impactadas por posições precedentais estariam diante de escolhas discricionárias a respeito do assunto de que o precedente trata. Ou seja, precedentes não criariam implicações práticas inevitáveis a sujeitos, grupos de indivíduos ou instituições. Uma corporação que conforma sua operação de forma a explorar determinada interpretação tributária toma um passo deliberado e discricionário para maximizar seu lucro aproveitando-se de uma decisão judicial. Os riscos desta escolha discricionária não se diferenciariam de quaisquer outros riscos não naturais que agentes econômicas enfrentam ao organizar seus negócios. Diante de uma escolha deliberada ou discricionária da agente racional para interagir com tal decisão, o Judiciário não tem o dever de proteger eventuais expectativas que diminuam os riscos envolvidos no caso.[212]

Vincar que expectativas jurídicas podem obstar a superação de decisões equivocadas é, como se vê, afirmação envolta por controvérsias práticas e teóricas.

---

[211] Randy J. Kozel, "Precedent and Reliance", p. 1473.
[212] Randy J. Kozel, "Precedent and Reliance", p. 1485 ss.

Seguindo uma linha defendida por Randy J. Kozel, entendo que a melhor resposta a tais contra-argumentos é desenvolver a necessidade de proteção das expectativas jurídicas como uma espécie de controle contra disrupções interpretativas. Ao invés de fundamentar a autoridade de um precedente na proteção de expectativas geradas pelo passado decisório, a força vinculante da autoridade de precedentes deve estar baseada na necessidade de regular os custos e impactos que as incontornáveis transformações no conteúdo do direito ocasionam. A regulação destes custos não impõe a necessidade de manter decisões equivocadas, mas convida cortes do presente a tratarem de forma responsável os efeitos que a superação ocasiona nas agentes sociais impactadas pela transição de uma posição jurídica para outra.

Com este giro conceitual, a autoridade de decisões contestadas deixa de estar baseada em uma olhar voltado exclusivamente ao passado, lançando os olhos para os efeitos futuros que superações de precedentes podem implicar.[213]

Voltando as lentes da análise jurídica para os impactos que as disrupções interpretativas trazem, argumenta-se que expectativas passadas devem ser protegidas na medida em que suas quebras imponham a necessidade das agentes sociais suportarem custos e realizarem ajustes relevantes em suas ações futuras. A premissa aqui é de que a mudança de interpretação sempre trará custos aos envolvidos. Estes custos devem ser avaliados, predicados e compartilhados pela comunidade de forma coletiva. Conjugar o olhar futuro sobre os impactos das mudanças interpretativas ao argumento da proteção da confiança ajuda a fundamentação da autoridade de precedentes a se distanciar da ideia de que a criação de obstáculos a novas interpretações protegeria apenas direitos individuais.

O fortalecimento do argumento da proteção da confiança passa, pois, pela transição de um modelo baseado na proteção das expectativas individuais dos sujeitos envolvidos na disputa interpretativa para um modelo que enxergue os efeitos sistêmicos que as mudanças interpretativas ocasionam para os participantes do discurso jurídico. A perspectiva sistêmica realça o impacto de uma mudança interpretativa para além das partes ou das instituições que estejam relacionadas à disputa de momento. Nesta perspectiva, o principal elemento de análise são os impactos de transição, ou seja, os custos diretos e indiretos que uma mudança interpretativa ocasiona ao sistema jurídico. Caminhar da perspectiva individual para a sistêmica é importante pois demonstra que mudanças de posicionamento podem ocasionar

[213] Randy J. Kozel, "Precedent and Reliance", p. 1475

altos custos de transição mesmo quando o impacto da disrupção for individualmente pequeno.[214]

Posições jurídicas do passado podem originar expectativas com naturezas diversas que, por sua vez, se relacionam com impactos diferentes em caso de derrogação da posição. Tanto a averiguação da relevância moral ou jurídica da expectativa gerada pelo precedente quanto a necessidade de perquirir quais impactos eventual mudança pode ocasionar é que possibilita a formação de um juízo sobre a força de sua autoridade e as implicações que esta força sobre a decisão por superar ou não posições anteriores.[215] Uma vez que as consequências da virada interpretativa sejam analisadas, caberá à corte verificar como a emergência destes efeitos se harmoniza com a necessidade de superar precedentes. O que deve contar como impacto de transição ou como incentivo e desincentivo para a superação é, no entanto, uma segunda etapa da análise sobre o *overruling*.

O argumento do controle dos impactos envolvidos nas transições interpretativas desvela, pois, um outro efeito da autoridade de precedentes constitucionais. Este efeito não diz respeito à necessidade de manter decisões de cortes do passado que cortes do presente entendem ser incorretas ou inadequadas. Relaciona-se, isto sim, à necessidade de que a superação de decisões equivocadas não cause altos custos a indivíduos, grupos ou instituições que se fiaram em seus conteúdos. É dizer, a necessidade de controlar os impactos das superações de precedente não fará com que um precedente considerado equivocado por uma corte do presente deixe de ser superado; este argumento imporá, no entanto, certas demandas de cuidado na modificação da posição jurídica pela corte do presente. Essas demandas são atendidas com a adoção de técnicas decisórias que controlam e modulam os efeitos da decisão que opta por superar precedentes. Tais técnicas serão apresentadas a seguir.

3.4.2.2 Técnicas decisórias para controlar os impactos da superação de precedentes

Cortes constitucionais fazem uso de algumas técnicas para regular os custos que a revogação de suas posições anteriores demandam. A seguir, apresentarei brevemente as duas principais técnicas identificáveis na vida prática das cortes: a superação prospectiva e a sinalização.

---

[214] Randy J. Kozel, "Precedent and Reliance", p. 1470.

[215] Cf. Gerald J. Postema, “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, 11 (1982), p. 165-203.

A primeira delas é a superação prospectiva, ou *prospective overruling.* A superação prospectiva se caracteriza pela indicação da existência de duas regras em apenas um caso. Uma regra nova, a ser aplicada a todas as situações futuras, e uma regra já existente a ser aplicada apenas para o caso em exame ou para casos que se refiram a fatos jurídicos cujos efeitos já se concretizaram. Há, pois, a ocorrência de uma modulação dos efeitos da declaração de que a posição jurídica anterior é incorreta, uma vez que superações de precedentes normalmente têm efeitos retroativos. A retroatividade da superação de precedentes é a retroatividade denominada clássica. Nessa concepção, cortes aplicam a nova tese aos fatos e aos processos em curso antes da formação da nova tese, desde que os processos não tenham transitado em julgado. Caso fosse adotada uma eficácia retroativa pura, o novo entendimento seria capaz de abranger processos passados incluindo aí aqueles transitados em julgado. Ou seja, seria possível manejar uma ação rescisória para fazer com que decisões transitadas em julgado se adequassem à nova posição estabelecida pelas cortes. A regra, contudo, é a retroatividade clássica, não a retroatividade plena.[216] A superação prospectiva representa, pois, uma modulação dos efeitos decisórios normalmente decorrentes da derrogação de uma posição anterior.

A superação prospectiva pode, no entanto, se expressar em diferentes matizes. A superação prospectiva pura ocorre quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes do caso que originou a mudança de posição. Uma segunda alternativa é a superação prospectiva clássica na qual a nova tese será aplicada apenas a fatos e processos novos, surgidos após o precedente, mas no qual o novo entendimento já é aplicado diretamente às partes do processo que origina a modificação. Uma última alternativa é a aplicação prospectiva, pela qual o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente, determinando que seus efeitos valham somente para casos futuros. Aqui, a superação possibilita a criação de uma nova legislação para o caso ou algum tipo de adequação dos impactados pela nova decisão.[217]

O STF vem realizando a superação prospectiva do tipo puro em casos nos quais a modificação de sua jurisprudência impactaria de maneira desproporcional direitos e expectativas jurídicas legítimas. Esta prática já era comum na corte mesmo antes das mudanças do Código de Processo Civil, que previu, em seu art. 927, §3º, a possibilidade de

---

[216] Ravi Peixoto, "A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes", p. 229.
[217] Melvin Aron Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 123 ss.

modulação de efeitos em casos de alterações jurisprudenciais.[218] Vale observar que os fundamentos que o tribunal utilizava para modular os efeitos da superação de sua jurisprudência não são os mesmos fundamentos mobilizados para a modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade possibilitados pelo art. 27 da Lei nº 9869/99.[219]

O art. 27 teria o condão apenas de possibilitar definir as estritas condições em que se permite ao STF a superação do princípio da nulidade da norma inconstitucional, historicamente adotado no direito constitucional brasileiro. Para isso, estabelece condições argumentativas e delimita um quórum decisório mínimo (maioria de dois terços). A modulação dos efeitos em casos de superação de jurisprudência não poderia, pois, utilizar referido artigo como fundamento. Segundo decisões do tribunal, esta modulação é autorizada ao se recorrer a princípios de estatura constitucional, como a segurança jurídica, proteção da confiança e boa-fé.[220] Esta diferenciação tem o condão de afastar a necessidade de que o

---

[218] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

[219] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[220] Neste sentido, esclarecedor o trecho do voto no ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 377.457: "O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 não autoriza o Tribunal a restringir os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Tal procedimento, verificadas as condições que o exigem, funda-se diretamente, isto sim, nos princípios constitucionais supra mencionados: a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva, além da proporcionalidade, enquanto dimensões do Estado de direito (art. 1º) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV). Ao estabelecer, ao lado do delineamento de condições materiais – segurança jurídica ou excepcional interesse social – uma qualificação do procedimento para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 ocupa-se, na verdade, de restringir, de criar um ônus para a modulação de efeitos na hipótese que especifica, o que, na sua ausência, se daria, naturalmente, pela regra de julgamento para decisão do mérito: maioria simples ou absoluta conforme a regência do caso. Destaco magistério doutrinário nessa linha: "Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do *princípio da segurança jurídica*. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento essa teria eficácia. Tal se dá (…) na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso." (CARRAZZA, Roque Antônio. "Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais". *In* FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito *Ex Nunc* e as Decisões do STJ. Barueri, SP: Manole, 2008) 8.4. Ainda que tenha sido promovida mudança na orientação jurisprudencial do Tribunal sobre determinado tema, não integra o conteúdo da decisão proferida ao julgamento do recurso extraordinário embargado a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, razão pela qual não vejo como invocar, na espécie, a regência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Trata-se, na minha ótica, de hipóteses fundamentalmente distintas (i) a concessão de efeitos prospectivos a decisão judicial que traduza mudança da orientação jurisprudencial, independente da ocorrência de alteração significativa das normas objeto ou parâmetro de controle – *prospective overrulling* – e (ii) a concessão de efeitos prospectivos a decisão da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, quer ou não se verifique a mudança de jurisprudência. O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 rege essa segunda hipótese, mas não a primeira. A modulação dos efeitos das decisões judiciais modificadoras de jurisprudência traduz corolário da exigência de previsibilidade que, por sua vez, decorre diretamente dos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima. "(...) do ponto de vista prático, o

STF tenha que alcançar um quórum de dois terços para que realize a modulação dos efeitos quando diante de *overrulings*. Cabe mencionar alguns exemplos de julgamentos nos quais a superação prospectiva foi efetuada. Em 2014, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 709.212, o tribunal reviu tese sobre o prazo prescricional aplicável à cobrança judicial dos valores não depositados tempestivamente pelos empregadores e pelos tomadores de serviço, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).[221] Até então vigia a tese da prescrição trintenária, ou seja, empregados poderiam reclamar valores devidos pelos empregadores não depositados nos últimos 30 anos.[222] O RE estabeleceu que o novo prazo prescricional deveria ser não mais de 30, mas de 5 anos. É reconhecido que a ruptura radical com uma posição jurídica vigente afetaria de maneira pesada o enorme grupo dos trabalhadores e trabalhadoras que não tiveram seus valores de FGTS depositados

---

dever de os poderes públicos – aqui incluído o Poder Judiciário (…) – agirem com boa-fé significa que não devem impor aos administrados e jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, fruto da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Assim, modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma." (NERY JUNIOR, Nelson. "Boa-fé objetiva e segurança jurídica". *In* FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. Barueri, SP: Manole, 2008) Com fundamento tão somente na proteção da boa-fé objetiva, este Supremo Tribunal Federal, muito antes da edição da Lei nº 9.868/1999, imprimiu efeitos prospectivos à decisão proferida no RE 79343/BA (Relator Ministro Leitão de Abreu, Segunda Turma, DJ 02.9.1977). Tal entendimento foi incorporado pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao positivar, no art. 927, §§ 3º e 4º, a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou da oriunda do julgamento de casos repetitivos, sem fazer alusão alguma a quórum especial: "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia." (destaquei) 8.5. Em apoio da tese, vale assinalar que a modulação dos efeitos das próprias decisões há muito vem sendo exercida por tribunais constitucionais e supremas cortes, na Europa e no Novo Mundo, sempre que reclamada à prevalência dos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, dispensada sua previsão expressa no direito positivo". RE 377457, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008 (Voto do Min. Marco Aurélio).

[221] ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014.

[222] A tese da prescrição trintenária baseava-se em um reconhecimento da natureza previdenciária da contribuição ao FGTS. Como as verbas previdenciárias possuíam prescrição trintenária de forma expressa, ao seu lado caminhava a prescrição trintenária do FGTS. A tese sustentada pelo relator ministro Gilmar Mendes indicava que este entendimento era baseado doutrina e leis pré-constitucionais, mas que não fora mantido pela Constituição de 1988, que dotou o FGTS de uma natureza distinta: um direito autônomo de índole social trabalhista, caracterizado como garantia institucional (art. 7º, III). O Ministro Gilmar Mendes admite que mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 a corte continuou a perfilhar a orientação pela prescrição trintenária. Para Gilmar, a corte havia avançado na jurisprudência ao reconhecer a natureza de crédito trabalhista do FGTS, mas não havia reparado que mantinha uma jurisprudência incoerente ao permanecer identificando a prescrição dessas verbas como trintenárias, em desrespeito expresso ao art. 7º, XXIX da Constituição.

corretamente. A decisão do tribunal é por realizar a superação do precedente, mas modular os efeitos da decisão para que a nova posição só tenha validade para casos futuros.[223]

No plano dos impactos que as mudanças de posição jurídica podem implicar aos órgãos dos demais poderes, o julgamento do HC 82.959 no STF é exemplificativo. Neste caso, o STF modificou radicalmente seu entendimento em relação à vedação da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). Até então, a corte entendia que tal vedação era constitucional, mas, no referido julgamento, o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que impedia a progressão de regime foi declarado inconstitucional.[224]

Ao modificar esta posição, a corte atentou-se que pessoas que haviam cumprido pena sem que lhes fosse concedida a progressão de regime poderiam utilizar a reversão da jurisprudência como argumento para buscar reparações civis do Estado. A fim de eliminar este enorme impacto que a possibilidade de responsabilização do Executivo teria, o STF decidiu por modular sua decisão e determinar que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a progressão teria apenas efeitos no futuro. Além da superação prospectiva, outra técnica comumente utilizada por cortes constitucionais para lidar com os efeitos da superação de precedentes é a sinalização. A sinalização ocorre quando uma corte mantém determinado precedente, mas indica que seu conteúdo não é mais confiável. Segundo Marinoni, em tais situações, concede-se que o conteúdo do precedente está equivocado mas, por considerações que podem abarcar desde a segurança jurídica à proteção da confiança, não se realiza a superação. As vantagens apontadas para a utilização do instrumento da sinalização é que ele demarcaria a partir de qual momento um precedente não pode mais gerar expectativas ou confianças legítimas, facilitando a modulação dos efeitos da decisão em casos futuros. A sinalização também pode suscitar o debate sobre a potencial derrogação da posição anterior, fazendo com que a corte elabore com mais qualidades as razões da superação.[225]

---

[223] "Dessarte, entendo que, no caso, o princípio da segurança jurídica recomenda que seja mitigado o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente modulação dos efeitos da presente decisão, de modo a resguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, as quais se pautavam em manifestações, até então inequívocas, do Tribunal competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição e da Corte responsável pela uniformização da legislação trabalhista. Acerca da aplicabilidade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ao controle difuso, reporto-me ao voto que proferi no Recurso Extraordinário 197.917, Rel. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004. Assim, com base nessas premissas e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que os efeitos da presente decisão sejam meramente prospectivos". ARE 709212, 2014, (Voto do Ministro Gilmar Mendes).

[224] HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.

[225] Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, p. 342.

Entendo que a sinalização não é uma técnica decisória normativamente adequada para lidar com os efeitos que a superação de precedentes pode ocasionar. Em primeiro lugar porque a sinalização implica a injeção de mais incerteza em relação à forma como o Judiciário deve solucionar determinada questão jurídica. Quando uma corte constitucional indica que determinada posição é obsoleta ou equivocada mas não a supera, cortes inferiores e atores que dependem da posição jurídica do precedente são jogados em um limbo no qual não se sabe se devem ou não seguir o precedente. O real *status* do precedente não é desvelado até que uma decisão posterior da corte constitucional que sinalizou a inadequação do precedente venha a de fato definir qual a posição jurídica que o ordenamento prevê para uma colisão de direitos fundamentais. Como argumenta Ravi Peixoto, como ficam os impactados pela posição jurídica incerta emanada da corte? O que "eles devem fazer durante o período existente entre a primeira decisão, a sinalizadora e a posterior, de caráter ainda misterioso? Não existem respostas seguras para essa pergunta"[226]

Se cortes constitucionais se encontram diante de casos que são sabidamente incorretos ou inadequados para além dos limites da incerteza, sua postura deve ser a de realizar a superação da posição jurídica equivocada e lidar com os efeitos que esta superação implica por meio da técnica da superação prospectiva.

3.4.2.3 Tarefas para uma teoria que busque regular os impactos da superação de precedentes

Assim como fiz com o argumento do controle da previsibilidade decisória, é importante explicitar quais tarefas metodológicas a admissão do argumento do controle das transições interpretativas como fundamento para a autoridade independente parcial lega para uma proposta que pretenda regular, de forma pormenorizada, como contornar os impactos de *overrulings* de precedentes constitucionais. Este não é o objetivo desta tese. Como já afirmado, a tese busca uma resposta racional para definir quando uma superação de precedente deve ser realizada. Discutir os impactos que superações de precedentes ocasionam já faz parte de uma outra questão, qual seja, *como* superações devem ser realizadas. Acho importante, no entanto, indicar alguns desafios que uma proposta voltada a esta outra dimensão deve necessariamente abordar.

Defender que a autoridade de decisões anteriores deve ser levada em conta para controlar impactos da superação de precedentes é uma argumentação que, ao invés de

[226] Ravi Peixoto, "A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes", p. 161.

solucionar plenamente a dúvida sobre quando manter ou superar decisões contestadas, nos abre outras questões normativas fundamentais

A principal delas diz respeito à crítica de que cortes constitucionais não teriam capacidade institucional de avaliar os impactos que a superação de seus precedentes ocasionaria. Argumentar com consequências quase sempre envolve dois tipos de problema. O primeiro relaciona-se à incerteza dos dados necessários ao prognóstico; o segundo refere-se à limitação da racionalidade de agentes decisórias. Os problemas de incerteza informacional ocorrem quando não há informações suficientes para prever que consequências determinada ação ocasionará. Os problemas de racionalidade limitada ocorrem porque agentes decisórias possuem capacidade limitada de entender e processar informações.[227] Estes tipos de problema são inerentes a toda e qualquer argumentação que mobilize efeitos ou consequências de decisões futuras. Tais dificuldades podem ser contornadas se órgãos decisórios buscam se instrumentalizar de informações, dados e documentos que diminuam o risco de incertezas ou, em outro sentido, modifiquem suas condições institucionais para lidar com as limitações da racionalidade decisória.

Entretanto, não é este o cenário mais comum em cortes constitucionais. Analisando a realidade do STF quanto à utilização de argumentos consequencialistas em decisões tributárias que discutem a modulação de efeitos, Leal e Dias concluem que ministros do STF não realizam suas prognoses a partir de estudos ou dados empíricos, se fiando em considerações intuitivas que podem estar descoladas da realidade.[228] A recomendação dos autores é de que, em casos nos quais os ministros não tenham capacidade de identificar quais efeitos suas decisões ocasionarão, uma opção pode ser confiar nos dados e informações fornecidas pelas partes. Caso isto não seja possível, outra opção seria convocar peritos ou comissões de peritos para manifestar-se sobre o tema. Em última hipótese, sendo impossível comprovar a probabilidade de efeitos se sucederem, a argumentação consequencialista deveria ser evitada.[229]

Direcionando seu olhar de forma específica para a capacidade de cortes constitucionais mensurarem os efeitos da superação de seus próprios precedentes, Steven Calabresi argumenta que a avaliação sobre as consequências sistêmicas que a modificação de um

---

[227] Adrian. Vermeule, *Judging under uncertainty:* An Institutional Theory of Legal Interpretation. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 2006. p. 155 ss.

[228] Fernando Leal; Daniela Gueiros Dias, "Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário", p. 838.

[229] Fernando Leal; Daniela Gueiros Dias, "Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário", p. 839.

precedente pode ocasionar é uma tarefa para a qual cortes constitucionais não estão preparadas. Segundo o autor, tal análise deveria ser realizada por outros ramos do governo ou outras agentes políticas.[230]

Esta dimensão do problema chama atenção para o fato de que a avaliação dos impactos que superações de precedentes podem ocasionar é sim uma tarefa que cortes podem realizar, mas desde que em contextos específicos que possibilitem a tais instituições reduzir incertezas epistêmicas e diminuir as limitações à racionalidade.

Uma teoria normativa que pretenda regular como uma decisão anterior deve ser superada tem de ir além da afirmação de que um precedente merece proteção por força da necessidade de controlar as consequências que sua superação ocasiona. Se quisermos tornar o argumento aqui apresentado útil para justificar a tese da autoridade parcialmente independente, devemos sugerir quais guias normativos servirão para avaliar quais impactos decisórios devem ser considerados. O argumento do controle dos impactos da superação pode, pois, ser um bom argumento para que cortes constitucionais levem em consideração a autoridade de decisões anteriores. A maneira como essa autoridade operará, contudo, não servirá para fazer com que o precedente seja mantido, mas sim para forçar que cortes do presente harmonizem a superação de precedentes com os efeitos decorrentes desta superação.

3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

O objetivo principal deste capítulo foi fundamentar normativamente a tese da autoridade independente parcial apresentada no capítulo anterior. Por que razões especiais podem ser requeridas para superar uma posição anteriormente estabelecida? Por que uma corte constitucional do presente pode ter que manter uma decisão anterior que consideraria equivocada ao invés de corrigir o erro decisório de seu passado? Como justificar a manutenção de interpretações constitucionais contestadas?

A identificação destas justificações passou pela redefinição do que é uma decisão considerada correta no sentido normativo. Para justificar a manutenção de decisões anteriores contestadas, a operação com precedentes deve ser compreendida como prática contínua, não como uma tomada de decisão isolada. Com esta lente se pôde alcançar a ideia

---

[230] Steven G. Calabresi, "Text, Precedent, and the Constitution: Some Originalist and Normative Arguments for Overruling Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey" *Constitutional Commentary* 22 (2005), p. 311, p. 340–45.

de que uma prática com precedentes que contenha a possibilidade de manutenção de decisões equivocadas pode ser normativamente justificada.

Analisei os argumentos que usualmente são mobilizados para sustentar a força do precedente judicial e demonstrei que alguns deles não são aptos a sustentar normativamente a prática de seguir decisões anteriores de forma parcialmente independente de seu conteúdo. O argumento da autoridade teórica e o argumento da isonomia foram descartados como fundamentos normativos para a autoridade de decisões equivocadas. Enquanto o argumento da autoridade teórica não se presta a justificar a subordinação de instituições que possuem as mesmas condições institucionais para tomada de decisão, como na discussão sobre precedentes horizontais, a defesa da isonomia não implica que duas partes devem ser tratadas de forma igual se há dúvidas quanto à correção do tratamento dispensado.

Concluí que o argumento da segurança jurídica fornece a melhor justificativa para que cortes do presente levem em consideração a autoridade de precedentes equivocados. Para isso, apontei que o argumento da segurança jurídica poderia ser dividido em duas dobras: uma relacionada ao controle das incertezas e da previsibilidade do direito e outra relacionada aos impactos gerados pelas mudanças do conteúdo do direito.

Na primeira, relacionada à previsibilidade e à incerteza decisória quanto ao conteúdo do direito, o precedente é ferramenta capaz de controlar situações de incerteza em ambientes decisórios. Dentro desta primeira faceta, é justificável que a tese das razões especiais garanta a manutenção de decisões constitucionais anteriores quando há certo grau de incerteza sobre o que a constituição de fato estipula para solucionar determinado problema jurídico.

Uma segunda faceta da segurança jurídica vincula-se à necessidade de proteger a confiança criada por precedentes em indivíduos, grupos ou instituições que são de alguma forma impactados pelas posições estabelecidas em decisões do passado. O argumento da proteção da confiança foi apresentado com uma roupagem específica. Pela proposta normativa desenhada, cortes do presente devem olhar as expectativas que decisões passadas originam tanto retrospectivamente, questionando quais tipos de confiança o precedente equivocado criou, quanto prospectivamente, se perguntando quais impactos uma possível superação do equívoco implicaria. Esta nova roupagem também parte da premissa de que a avaliação das expectativas e dos impactos deve se dar de forma sistêmica, coletiva, sem olhar exclusivamente para a influência dos precedentes nos indivíduos diretamente impactados por potenciais superações.

A força normativa do argumento do controle dos impactos das mudanças interpretativas não é capaz, contudo, de sugerir que cortes deixem de superar precedentes que consideram equivocados. Ela é suficiente "tão somente" para forçar que juízas modulem os efeitos de *overrulings* que ocasionam impactos relevantes. Na medida em que a tese se propõe a responder à questão sobre quando precedentes equivocados devem ser mantidos por cortes constitucionais, explorar os pormenores do argumento do controle de impactos das mudanças jurisprudenciais não será tarefa realizada pela sequência do trabalho.

A uma tese que busca definir quando precedentes devem ser superados caberá, no entanto, lidar com as tarefas que o argumento do controle das incertezas do conteúdo jurídico demanda.

Se entendermos que a autoridade horizontal de precedentes se justifica como forma de lidar com a incerteza que permeia o discurso jurídico, é necessário destrinchar quais são os tipos de juízos de incorreção que cortes do presente constroem para superar precedentes. Este esforço será importante para relacionar duas variáveis importantes na análise da correção de precedentes: tipos de erro e grau de incerteza quanto ao erro.

Definido o fundamento normativo que sustenta a tese da autoridade independente parcial, os próximos capítulos investigarão como tal fundamento deve ser metodologicamente operacionalizado para resolver situações nas quais se discute se um precedente deve ser superado ou não. O capítulo 4 tratará de destrinchar quais tipos de incerteza estão envolvidos quando uma corte do presente contesta a decisão de uma corte do passado. O capítulo 5, por seu turno, buscará incluir as considerações apresentadas pelo capítulo 4 em um modelo argumentativo que pretende racionalizar as discussões sobre superação de precedentes.

Com os dois próximos capítulos, espera-se que a tese consiga fornecer apoios metodológicos para situações nas quais o precedente tem sua autoridade contestada, apontando caminhos para controlar hipóteses de *overruling*. Vincar que minha proposta pretende contribuir para racionalizar tais situações, no entanto, está distante de afirmar que o produto da tese será um algoritmo capaz de definir quando uma decisão anterior deve ou não ser superada. O que se pretende é fornecer ferramentas para melhor compreender quais tensões jurídicas estão em jogo quando se discute a superação de precedentes e, por consequência, como essas tensões podem ser resolvidas.

4 CONTESTAÇÃO A PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TIPOS E GRAUS DE INCERTEZA NA CONFORMAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O capítulo 3 estabeleceu o controle da incerteza na definição do conteúdo do direito como fundamento para a autoridade horizontal de precedentes constitucionais. Este capítulo e o próximo tratarão de como operacionalizar metodologicamente a contestação a decisões equivocadas baseadas em tal fundamento normativo.

Conforme desenvolvido nas linhas anteriores, a autoridade horizontal dos precedentes constitucionais viceja em situações nas quais a corte do presente está incerta quanto ao conteúdo do que a constituição determina e, consequentemente, também não tem alto nível de certeza sobre a correção ou incorreção de precedentes que solucionam colisões de direitos fundamentais. Como a corte não alcançou o limiar epistêmico, ou seja, não logrou atingir um nível de certeza sobre a interpretação da constituição que lhe permitisse avaliar se a decisão anterior interpretou de forma equivocada uma colisão de direitos fundamentais, é recomendável que a autoridade do precedente prevaleça.

Ficou estabelecido, contudo, que a variação entre a incerteza e a certeza sobre o juízo de erro de uma decisão anterior é uma questão de grau. A principal tarefa deste capítulo é, portanto, qualificar e classificar tipos de juízos de erro sobre decisões anteriores formulados em contextos de incerteza decisória. Para isto o capítulo apresentará dois argumentos centrais. O primeiro é que cortes podem apontar erros de duas naturezas em decisões do passado: juízos de erros baseados em desacordos interpretativos/normativos ou em desacordos não interpretativos. A formação destes juízos de erro, por sua vez, possui uma dimensão epistêmica que variará em graus de certeza.

O segundo argumento estabelece a conexão entre estas duas dimensões das formas de contestação a decisões anteriores e os debates sobre a discricionariedade judicial. Esta conexão será importante para afirmar que a autoridade parcialmente independente das razões materiais que precedentes constitucionais possuem pode prevalecer diante de situações em que cortes constitucionais teriam, em princípio, discricionariedade epistêmica para interpretar a constituição. A força da autoridade de precedentes dependerá, neste sentido, de avaliar em que medida o precedente se encontra ou não na zona de discricionariedade judicial que a constituição possibilita a cortes constitucionais.

O capítulo possui a seguinte estrutura. O tópico 4.1 apontará a relação entre o conceito de razões especiais e as diversas formas de contestar decisões passadas para, em seguida, classificar os juízos de incorreção em juízos de erro baseados em desacordos interpretativos e juízos de erro baseados em desacordos não interpretativos. O tópico 4.1.1 cuidará de conceituar e exemplificar os juízos de erro baseados em desacordos interpretativos, enquanto o tópico 4.1.2 abordará os juízos de erro fundamentados em desacordos não interpretativos. O tópico 4.2 relacionará os tipos de juízos de erro com o conceito de incerteza epistêmica. Este conceito é transposto da discussão sobre discricionariedade legislativa dentro da teoria dos princípios para explicar as nuances da discricionariedade judicial. O tópico termina por concluir que os espaços de incerteza nos quais a autoridade de precedentes constitucionais deve prevalecer são os espaços qualificados como discricionários.

4.1 CONSTRUINDO JUÍZOS DE ERRO: DESACORDOS INTERPRETATIVOS E DESACORDOS NÃO INTERPRETATIVOS

Segundo a tese das razões especiais apresentada no capítulo 2, *C2* só poderá deixar de seguir um precedente de *C1* ao argumentar com tipos específicos de razões. Acolher esta premissa implica afirmar que nem toda e qualquer justificação ou argumentação elaborada por *C2* para afirmar a incorreção da decisão de *C1* é capaz de autorizar a superação da decisão anterior. Ao demandar uma justificação especial para que a regra jurídica estabelecida pelo precedente seja suplantada, a referida tese requer uma qualificação do juízo de erro que *C2* deve formar em relação à decisão de *C1*. Ou seja, apenas determinados tipos de juízos de erro, ou juízos de incorreção, podem autorizar *overrulings.* As razões especiais são, portanto, argumentos que estruturam determinados juízos de erro sobre um precedente e que, em princípio, autorizam a convolação deste juízo de incorreção em uma superação do precedente.[231]

O capítulo dois também demonstrou, contudo, que não há consenso na prática de cortes constitucionais sobre quais tipos de argumentos podem ser considerados razões especiais. A fim de fornecer uma proposta para melhor contornar os limites deste conceito, a tese entendeu que seria necessário primeiro identificar qual fundamento normativo seria capaz de sustentar a manutenção de decisões judiciais equivocadas. Esta identificação foi realizada

[231] A autorização para a superação de precedentes fornecida pelas razões especiais não garante, contudo, que o precedente deve ser superado em termos normativos. Como se verá, após a construção de um juízo de incorreção a decisões anteriores com base em razões especiais ainda deverá ser avaliado se algum outro princípio jurídico recomenda a manutenção da decisão avaliada como incorreta.

pelo capítulo 3, que argumentou que precedentes equivocados devem ser mantidos quando o juízo de erro que cortes do presente desenvolvem sobre as decisões de cortes do passado não atingirem certos níveis de certeza. A ideia deste capítulo 4 é aprofundar como a autoridade parcialmente independente das razões substantivas pode ser contestada.

Aprofundar este ponto passa por destrinchar as formas de contestação a decisões anteriores que cortes constitucionais formulam diante da possibilidade de *overrulings*.[232] Parte-se do pressuposto de que a contestação de precedentes pode estar assentada em diferentes fundamentos que, por sua vez, expressam variados graus de certeza sobre o erro contido no precedente, sendo necessário distingui-los. Por um lado, não há apenas um juízo de erro, mas sim a possibilidade de diversas formas de *C2* contestar a decisão de *C1*. Por outro, quando *C2* constrói um juízo de erro a respeito de uma decisão de *C1*, este juízo estará sustentado a partir de determinado grau de certeza sobre o acerto ou equívoco da decisão anterior. Há casos nos quais *C2* possui absoluta certeza de que a decisão anterior está equivocada e há situações nas quais o nível de certeza é menor. Neste sentido, o capítulo aposta ser possível correlacionar tipos de contestações à autoridade de precedentes judiciais a graus de incerteza no direito.

A minha proposta categoriza os juízos de erro que originam as discussões sobre o *overruling* em duas grandes categorias: juízos de incorreção baseados em desacordos interpretativos ou normativos e juízos de erro fundamentados em desacordos não interpretativos. Os desacordos interpretativos dizem respeito a contestações sobre o conteúdo normativo da constituição, ou seja, há divergência sobre o que a constituição proíbe, faculta ou garante. Eles ocorrem quando intérpretes discordam a respeito de quais premissas normativas ou fundamentos normativos são os mais adequados para sustentar certas proposições jurídicas. Os desacordos não interpretativos relacionam-se às divergências que, embora identificáveis na prática decisória das cortes, não dizem respeito necessariamente a divergências sobre algo que é juridicamente exigível. Aqui ingressariam disputas sobre prova, dados empíricos ou premissas factuais.[233]

---

[232] Ou seja, o presente capítulo pretende criar tipologias dentro das quais poderão ser classificadas as razões especiais que cortes normalmente utilizam para superar seus precedentes. Aqui, a pergunta não é mais se "*C2* deve superar o precedente estabelecido por *C1* caso o avalie como incorreto*?"*. Já temos a resposta para tal questão: apenas se esse juízo de erro for justificado por razões especiais. A presente etapa vai lançar, então, a seguinte questão à tese: que tipos de juízos de erro as razões especiais sustentam?

[233] Para Dworkin, os desacordos no direito podem ser de dois tipos: desacordos empíricos e desacordos teóricos fundamentais. Enquanto o conceito de desacordos interpretativos que a tese utilizará é semelhante ao conceito de Dworkin de desacordos teóricos fundamentais, o conceito de desacordos não interpretativos guarda semelhanças com a categoria dworkiniana dos desacordos empíricos. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.46 ss.

Nota metodológica importante à compreensão do capítulo é a de que o uso das categorias dos desacordos normativos e interpretativos busca colocar luzes sobre as fórmulas argumentativas que cortes constitucionais empregam para contestar a autoridade de seus precedentes. A estratégia do capítulo é utilizar estes referenciais teóricos para descrever a existência de desacordos no direito e na prática jurídica e a seguir aplicá-las para iluminar casos concretos em que cortes constitucionais discutiram a possibilidade de *overrulings*. Esta estratégia está longe de significar que os casos reais utilizados ao longo do capítulo representam hipóteses nas quais as cortes referenciadas conscientemente ou inconscientemente mobilizaram tais categorias para compreender ou resolver suas discussões sobre superação de precedentes. Significa tão apenas que os casos de desacordo entre *C1* e *C2* que o capítulo traz são passíveis de serem reconstruídos e mais bem compreendidos a partir dos referenciais teóricos escolhidos.

Em seguida desenvolvo de forma mais aprofundada cada um dos tipos de desacordo.

4.1.1 Desacordos interpretativos

Cortes do presente podem contestar decisões de cortes do passado a partir de discordâncias sobre como interpretar a constituição, ou seja, sobre a definição do conteúdo do texto constitucional. Tais hipóteses são aqui denominadas de juízos de erro baseados em desacordos interpretativos ou normativos. O conceito de desacordos normativos aqui trabalhado se aproxima do que Ronald Dworkin define como desacordos teóricos fundamentais. Para Dworkin, a identificação de desacordos teóricos fundamentais implicaria a aceitação de que muitas das controvérsias jurídicas presentes na prática jurídica derivam não de discordâncias sobre fatos ou sobre a aplicabilidade de normas jurídicas com sentido compartilhado e estabelecido, mas sim da existência de concepções diversas sobre o próprio significado do que o direito exige, garante, proíbe ou autoriza.

A diferença entre o conceito de Dworkin de desacordos teóricos fundamentais e o conceito acolhido pela tese de desacordos interpretativos diz respeito à dimensão da avaliação da incerteza que o último conceito trará e que parece estar ausente na discussão da categoria dworkiniana. Dworkin parece centrar-se numa distinção em termos de natureza para descrever os tipos de divergências existentes na prática jurídica. Ou seja, a diferença ontológica entre os desacordos empíricos e os desacordos teóricos fundamentais é que é importante para Dworkin. Para o andamento da tese essa diferenciação será insuficiente, pois

tanto desacordos empíricos quanto os desacordos teóricos podem ocorrer em níveis de incerteza diferentes. Como se verá no tópico 4.2, esta dimensão dos graus de certeza em que uma divergência pode ocorrer será essencial ao conceito de desacordos interpretativos que proporei. Cabe, no entanto, averiguar melhor as características da categoria dworkiniana.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Jr., para Dworkin:

> proposições jurídicas em conflito frequentemente envolvem disputas acerca dos critérios que lhes serviriam como valor de verdade. (...) Esses tipos de desacordo envolvem divergências teóricas acerca do próprio significado do que é direito e estão radicadas em concepções teóricas rivais sobre o que é o direito.[234]

Práticas interpretativas como o direito requerem uma determinada atitude de seus participantes. Ao invés de uma atitude de aceitação de usos compartilhados ou critérios semânticos, aqui a atitude requerida é denominada de interpretativa, ou seja, reclama-se a atribuição de um sentido ou propósito – *point* - à prática. O *point* é aquilo ao que a prática se direciona, ou seja, uma atitude em que se busca atribuir valor à prática. A atitude interpretativa conjuga valor e conteúdo: na medida em que se defina o propósito ou o *point* da prática, a própria constituição do que significa a prática pode se conformar.

Para Dworkin, ao ler uma proposição jurídica sob determinado fundamento, um ator jurídico desenvolve a construção de um propósito para a prática jurídica que permite compreender uma concepção de tal fundamento como a mais adequada para sustentar a sua proposição.[235] Haveria, pois, "dependência lógica dos argumentos jurídicos praticados nos tribunais em relação a pressuposições teóricas acerca do significado do direito", ainda que tal pressuposição teórica não seja explícita.[236]

O exemplo clássico trazido por Dworkin é o da cortesia. Que homens paguem a conta em jantares com mulheres já foi uma regra incluída dentro da prática da cortesia. Com a modificação do propósito ou do valor dessa prática, tal regra hoje é excluída.[237] É nesse sentido que o conteúdo do direito só pode ser entendido por meio de uma lente avaliativa: deve-se avaliar o *point* da prática para definir se determinados elementos a compõem ou não. Uma teoria do direito será, para Dworkin, não simplesmente algo que defina a natureza do que o direito é, mas sim necessariamente uma teoria que defina o que conta como direito a partir de uma determinada visão de como o direito deve ser.

---

[234] Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, Saraiva: São Paulo, 2011, p. 188.
[235] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p.52.
[236] Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia*, p. 194.
[237] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p.48.

A existência de desacordos teóricos fundamentais explicita a disputa entre teorias sobre como interpretar o direito, ou seja, discordâncias sobre qual seria o fundamento a fornecer a melhor interpretação da prática a partir de determinado *point*. Como diferentes *points* ou diversos valores podem ser mobilizados para definir a prática jurídica sob a sua melhor luz moral, os desacordos morais originarão fundamentos de direito distintos que, por seu turno, originarão desacordos teóricos genuínos no direito.

Definir que o *point* da liberdade de expressão deve ser o florescimento de um livre mercado de ideias, por exemplo, poderia fornecer fundamentos para propor que discursos de ódio não deveriam ser criminalizados pelo Estado, mas sim deixados livres para que fossem rejeitados pela própria sociedade. Por esse mesmo *point*, uma decisão que condenasse alguém por piadas que sugerissem que quilombolas são preguiçosos seria considerada como inconsistente com a tradição liberal na qual a prática se baseia. Caso cortes superiores pretendessem impedir discursos como o exemplificado, haveria a necessidade de atribuir um novo conceito de liberdade de expressão como moralmente mais adequado aos valores políticos da comunidade, a partir, por exemplo, de uma concepção de democracia militante que advogasse a limitação de discursos que incentivem qualquer tipo de ódio racial.

Exemplos podem contribuir para compreensão do que seriam desacordos normativos. Diante do art. 5º, XII,[238] pode-se sustentar a interpretação de que a quebra de sigilo pode ser realizada apenas nas comunicações telefônicas, sendo proibida em absoluto nos outros tipos de comunicação mencionados no mesmo inciso. Os fundamentos para tal proposição podem ir desde a interpretação gramatical do texto constitucional à afirmação de que as limitações a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente. Em outro sentido, pode-se afirmar a proposição de que os quatro tipos de comunicação previstos no inciso XII podem ter seus sigilos relativizados. A inexistência de direitos fundamentais absolutos articulada a um juízo de proporcionalidade que traga à cena o direito fundamental à segurança pública pode servir de fundamento a autorizar a quebra dos sigilos mencionados. A disputa exemplificada revela um desacordo normativo pois há aqui uma discordância sobre como deve ser construída e arquitetada a premissa normativa para que determinada interpretação jurídica – no caso, uma interpretação constitucional - seja considerada como correta ou incorreta.[239]

---

[238] Art. 5º (...)XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

[239] Luciana Silva Reis, Direito e Método: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2013, p. 48.

No âmbito aplicativo do art. 5º, XVI,[240] por exemplo, pode haver dúvidas se um bastão que sirva de suporte a uma bandeira deve ser caracterizado como uma arma. Não há dúvidas, no entanto, que portar fuzis, cassetetes ou bestas seria capaz de tornar ilegal o exercício do direito de reunião. Segundo Dworkin, a discordância sobre a caracterização dos bastões como arma se daria não porque os critérios para definir o que é ou não é uma arma falham em casos limítrofes, ou seja, a divergência não tem origem em uma disputa semântica sobre qual o conceito correto de arma; ela ocorre por existir divergência entre as intérpretes sobre quais seriam os propósitos de uma norma que proíbe pessoas armadas de se reunir, o que ocasiona diferentes leituras sobre os fundamentos para a norma e, por consequência, para a conceituação de um bastão de bandeira como arma.

4.1.1.1 Desacordos interpretativos e superação de precedentes

Controvérsias sobre quais concepções normativas devem guiar a interpretação de dispositivos constitucionais são comuns em disputas sobre a superação de precedentes.

Há casos nos quais o STF argumenta, por exemplo, que um precedente está equivocado porque não aplicou de forma adequada determinada interpretação de um direito fundamental que é acolhida pela corte. Durante muito tempo a jurisprudência do STF compreendia que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado em desfavor do acusado se inseria no conceito de maus antecedentes previsto no Código Penal,[241] devendo, portanto, compor a dosimetria da pena.[242] No julgamento do Recurso Extraordinário nº

---

[240] Art. 5º (...) XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

[241] Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas ;II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[242] Habeas Corpus nº 68.290/DF, relator ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de outubro de 1990, Habeas Corpus nº 70.871/RJ, relator ministro Paulo Brossard, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de novembro de 1994, Habeas Corpus nº 72.093/SP, relator ministro Ilmar Galvão, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 31 de março de 1995, Habeas Corpus nº 72.643/SP, redator ministro Ilmar Galvão, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 6 de fevereiro de 1996, Habeas Corpus nº 72.664/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997, *Habeas Corpus* nº 72.840/PE, relatado pelo ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 21 de novembro de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.297/SP, relator ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de agosto de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de março de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.926/SP, relator ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 11 de abril de 1997, *Habeas Corpus* nº 74.967/SP, relator

591.054/SC,[243] em regime de repercussão geral, o STF estabeleceu a tese contrária: a existência de inquéritos policiais ou de ações penais que não tenham transitado em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Nos termos do voto do ministro relator, Marco Aurélio, a reversão de jurisprudência estaria fundamentada em uma razão básica: a impossibilidade de afastar o princípio constitucional da não-culpabilidade, ou da presunção de inocência, do momento do cálculo da dosimetria da pena. Ao longo do seu voto ele elenca uma série de argumentos a demonstrar que a forma como a tradição do STF lê o conteúdo do princípio da não-culpabilidade estaria em conflito com a possibilidade de considerar inquéritos policiais ou ações penais em curso como maus antecedentes. Ou seja, a posição superada representava uma concepção normativa do conceito de maus antecedentes que era inconstitucional ou inadequada frente à leitura interpretativa que o tribunal possuía do princípio da presunção da inocência.

Em outras hipóteses o tribunal compreende que o precedente interpretou e aplicou corretamente determinada concepção normativa de um direito fundamental ao tempo da resolução do caso, mas argumenta agora existir um melhor *point* para interpretar a própria prática. Esta alteração de sentido ou de concepção tem relação com a mudança do próprio valor normativo que está associado a determinado conceito.[244] Ou seja, o conceito muda porque passa a ser lido com as lentes de um novo valor que representa uma melhor versão do próprio conceito.

Discussão exemplificativa destas hipóteses de modificação de jurisprudência no STF diz respeito ao debate sobre a diferenciação entre os prazos da licença gestante e licença adotante. Em 2016 o STF voltou a discutir a constitucionalidade da possibilidade de tratamento diferenciado na concessão de licença maternidade entre mães com filhos biológicos (licença gestante) e mães com filhos adotados (licença adotante). Até então vigia precedente dos anos 2000 que estabelecia a seguinte tese: "Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º da

---

ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 8 de abril de 1997 e *Habeas Corpus* nº 81.759/SP, relator ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2003.

[243] RE 591054, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014.

[244] Aqui está desenvolvida uma distinção importante na gramática dworkiniana (conceito e concepção). Dworkin afirma que expressões utilizadas para estabelecer direitos fundamentais, como liberdade de expressão ou devido processo legal, são conceitos abstratos que possibilitam a disputa entre diferentes concepções. Para aplicar tais expressões é insuficiente mobilizar apenas o conceito, sendo necessário desenvolver uma concepção sobre o conceito. A indeterminação no uso de conceitos, no entanto, não estará presente, pois seria possível desvelar uma melhor concepção de um conceito controvertido. Ronal Dworkin, Objectivity and Truth: You'd Better Believe It, *Philosophy and Public Affairs*, 87, 1996, 136-8.

Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria."[245] Para sustentar essa tese, a corte argumentava que o fato de mães biológicas sofrerem alterações físicas e psicológicas, além da necessidade de amamentação do recém-nascido, fatores inexistentes nas situações de adoção justificariam a estipulação de prazos diferentes para as licenças.[246]

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, no entanto, o próprio propósito (*point*) da licença maternidade foi reconfigurado. O STF reconheceu a mudança dos valores que informam o conceito de licença maternidade e superou a posição anterior. A licença deixou de ser fundada na diferença biológica ou fisiológica que a gestação implicava à mulher grávida e passou a ser sustentada por dois novos fundamentos: (i) forma de garantir o saudável desenvolvimento – físico ou psicológico - dos filhos, o que tornava desimportante a diferenciação entre filho biológico e adotado e (ii) instrumento de autonomia, que permite a mulher melhor determinar seus planos de vida e harmonizar seus projetos pessoais e profissionais.[247]

O STF geralmente elenca tais casos de modificação de concepções de determinados conceitos como processos de mutação constitucional. Na discussão sobre os prazos da licença adotante o argumento da mutação constitucional é mobilizado:

> Assim, observado tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade do Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.[248]

---

[245] RE 197807, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTI, Primeira Turma, julgado em 30/05/2000.

[246] "No caso em exame, o direito à licença é vinculado ao fato jurídico da gestação, que não permite, segundo penso, a extensão do benefício à hipótese do ato de adoção. Fosse a referência constitucional, por exemplo, simplesmente a 'mãe' ou a 'maternidade', poder-se-ia, ainda, cogitar da assimilação da adotante à gestante. Não, porém, segundo penso, quando especificada a primeira na norma aplicável." RE 197807-4, 2000 (Voto Min. Octávio Gallotti).

[247] "Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas." RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. (Voto do Ministro Roberto Barroso)

[248] RE 778889, 2016 (Voto do Ministro Roberto Barroso).

O STF sustenta que a emergência de novos valores ou princípios para produzir novas concepções sobre determinados conceitos jurídicos tem relação com a mudança na realidade social, ou seja, a alteração do *point* é fundamentada a partir da modificação ou evolução de fatores sociais. Outro caso em que a mutação constitucional foi utilizada como argumento para a superação de precedentes, também com a justificação de que a realidade social sofrera alteração em relação à época em que a posição anterior havia sido estabelecida, foi a discussão sobre necessidade de licença prévia das Assembleias Legislativas estaduais para instauração de ações penais sobre crimes comuns contra governadores. Na ADI 4797/MS[249], o voto que conduziu a maioria, proferido pelo ministro Barroso, argumentou que o princípio republicano deveria ser redefinido e ampliado o suficiente para permitir julgar como inconstitucionais leis que condicionem a instauração de processos penais sobre crimes comuns contra governadores à licença prévia das assembleias legislativas:

> Todos os argumentos deduzidos pela jurisprudência até aqui vigorante são relevantes. Penso, porém, que mudanças na realidade institucional e novas demandas por parte da sociedade recomendam uma revisita à questão. Com efeito, a revitalização do princípio republicano, o inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos e as renovadas aspirações por moralidade na política, a meu ver, provocaram uma mutação constitucional no tratamento da matéria. (...) É possível dizer-se, então, que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.[250]

A interpretação do STF até então era de que tais normas estaduais eram permitidas pela Constituição Federal,[251] dentre outros argumentos, pelo respeito ao princípio da autonomia federativa e à regra da simetria constitucional. O princípio jurídico trazido pelo ministro Roberto Barroso como fundamento determinante da questão – princípio republicano – não tinha centralidade no debate nas ações constitucionais anteriores sobre o tema, mas é apresentado como o melhor fundamento pelo qual devem ser interpretadas as leis estaduais contestadas. Há, mais uma vez aqui, uma ruptura com a tradição pela qual o

---

[249] ADI 4764, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2017.

[250] ADI 4764, 2017. (Voto do ministro Roberto Barroso).

[251] Decisões em que o STF já havia discutido a mesma questão: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.791, 4792 e 4.800.

instituto da licença prévia era interpretado, surgindo novos fundamentos jurídicos para validar a constitucionalidade da legislação.

4.1.1.2 Desafios para racionalizar juízos de erro baseados em desacordos interpretativos

A existência de desacordos normativos sobre a interpretação de normas constitucionais lança grande desafio à possibilidade de controlar de maneira racional situações de superação de precedentes. É consenso que cortes constitucionais não funcionam com base em consenso sobre quais métodos ou quais premissas normativas devem orientar seus integrantes na tarefa de interpretar constituições, mas sim trabalham em contexto de pluralismo interpretativo.[252] Embora este diagnóstico de dissenso interpretativo seja compartilhado por diversos doutrinadores, ele será aqui aprofundado por meio do conceito de pluralismo interpretativo de Randy Kozel. A escolha se dá porque Kozel aborda diretamente as influências deste ambiente de pluralismo interpretativo no debate sobre a autovinculação a precedentes.

Em Kozel, o conceito de pluralismo interpretativo não significa apenas a existência de diversos materiais que a intérprete pode acessar para interpretar constituições – precedentes constitucionais, tratados internacionais de direitos humanos, legislação. Nem significa somente que há diversas teorias ou instrumentos metodológicos para interpretar tais materiais. O conceito de pluralismo indica a inexistência de uma teoria normativa abrangente ou de uma técnica metodológica geral que funcione como guia para indicar por que determinada técnica interpretativa ou teoria normativa é a mais adequada para solucionar determinada questão constitucional: "Na forma como uso o termo aqui, pluralismo refere-se ao emprego de diferentes ferramentas de interpretação sem a necessidade de articular ou consultar uma teoria abrangente que explique por que um determinado tipo de argumento é apropriado para um determinado caso."[253]

O desconforto que Kozel lança às teorias normativas e às técnicas interpretativas que buscam racionalizar a superação de precedentes é o seguinte: se não há acordo sobre uma teoria abrangente que indique em que circunstâncias determinada ferramenta interpretativa deve ser aplicada para interpretar a constituição, como poderemos concordar e ter certeza se

---

[252] "The history of interpretive theory in American courts is, above all, a history of persistent and deep disagreements among judges and courts about the proper methods and sources of legal interpretation." Adrian Vermeule, "The Judiciary Is A They, Not An It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division", *Contemporary Legal Issues* 549 (2005), p.556.

[253] "As I use the term here, pluralism refers to the embrace of different tools of interpretation without articulating or consulting an overarching theory that explains why a particular type of argument is appropriate for a given case". Randy J. Kozel, *Stare decisis in the Second-Best World*, p. 1153.

a decisão anterior está correta ou não? Dizendo de outra forma: se não há consenso sobre o parâmetro interpretativo capaz de avaliar um precedente como equivocado ou não, como esta avaliação da correção pode ser feita?

A aceitação do diagnóstico do pluralismo interpretativo cria dificuldades à racionalização dos processos de superação de precedentes. Em princípio, a avaliação sobre a vinculação de precedentes passa necessariamente por uma fase interpretativa em que deve ser avaliada a correção da norma jurídica contida na decisão anteriormente tomada. Essa fase faz com que a aplicação de precedentes esteja de certa forma vinculada às premissas normativas utilizadas para definir se a interpretação é correta ou não.

Analisando o *stare decisis* na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Kozel afirma que o principal problema na aplicação da doutrina não é o fato de juízas ignorarem precedentes em direção a considerações extrajurídicas, ou mesmo decidirem problemas do presente sem considerar os fundamentos mobilizados no passado; o calcanhar de Aquiles do *stare decisis* é o fato de que juízas possuem, de boa-fé, discordâncias interpretativas incontornáveis sobre como interpretar constituições. Discordâncias interpretativas sobre o que a constituição determina naturalmente levam a divergências na avaliação da correção ou não de decisões anteriores.[254]

Tal constatação faz com que a operação de superação de precedentes venha a enfrentar um elemento paradoxal. Ao mesmo tempo em que o precedente deve ser enxergado como um instrumento para estabilização de interpretações anteriores e limitação das possibilidades das julgadoras do presente, controlando a modificação de posicionamentos jurídicos, sua ação estabilizadora parece depender de avaliações interpretativas que estão imersas em um contexto de desacordo entre as aplicadoras.[255] É dizer, questionar se um precedente deve ser superado ou não necessariamente reclamaria um juízo de correção sobre a decisão pretérita, juízo esse que só poderá ser consumado pelo engajamento de intérpretes em

[254] Randy J. Kozel, *Settled Versus Right: A Theory of Precedent (Introduction*). < disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=3047294 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3047294, acesso em 14 set 2017.>

[255] "In the real world of interpretive disagreement, *stare decisis* operates differently. The proliferation of competing interpretive methodologies makes reaching consensus about the relevance of legal harms more difficult for judges. The prospect of consensus is slimmer still when the judiciary is viewed as an enduring institution whose composition changes over time. By tethering a decision's continued vitality to the perceived gravity of its offenses—a perception that will vary from judge to judge and court to court—the prevailing approach to *stare decisis* robs precedents of independent value beyond their attractiveness on the merits. The same phenomena of interpretive pluralism and 'reasonable disagreement' that threaten the durability of particular decisions serve to destabilize the doctrine of *stare decisis* in its current form." Randy J. Kozel, *Stare decisis in the Second-Best World*, p. 1142.

premissas normativas de interpretação. Assim, pergunta-se: a partir de qual ponto de vista ou de qual mediador interpretativo uma decisão será vista como correta ou não?[256]

Kozel responde a esta provocação de maneira radical. Para ele, como não há possibilidade de solucionar os desacordos a respeito das premissas que cada intérprete acolhe para interpretar a constituição, a sugestão seria que superações de precedentes não podem ser justificadas quando os juízos de erro forem baseados em divergências interpretativas.[257] Desacordos interpretativos entre cortes anteriores e posteriores não deveriam, portanto, autorizar a superação de precedentes.

Segundo Kozel, as propostas classificadas como *first best*, ou ótimas, buscam encontrar um conceito único, abrangente ou superior de *stare decisis* que oriente a regulação da autoridade de precedentes horizontais, ou seja, uma saída normativa capaz de orientar a intérprete sobre quando essa autoridade deve ou não ser seguida. Esta busca, contudo, desembocaria no mesmo resultado da busca por um conceito único de interpretação. Sendo uma categoria que pretende mediar a relação entre segurança e correção do direito, o *stare decisis* terá seu conceito a flutuar ao sabor das teorias interpretativas utilizadas por cada intérprete para interpretar e aplicar a constituição. É como se, para Kozel, todo juízo de erro baseado em desacordo normativo sobre a forma de interpretar a constituição fosse incapaz de ser comprovado ou demonstrado a partir de um ponto arquimediano.

Este diagnóstico impõe ao autor a necessidade de procurar uma teoria não ideal ou subótima para a autoridade horizontal de precedentes.[258] É neste sentido que Kozel classifica

---

[256] These examples are meant to introduce a simple but central point: the perceived importance of applying the law correctly depends on one's theory of constitutional interpretation. An originalist, a common law constitutionalist, and a pragmatist might all apply their theories of *stare decisis* in a principled manner, yet they might reach different results based on their respective views about which consequences are constitutionally salient. These debates are more than theoretical; they are relevant to the application of *stare decisis* in practice. If a Justice determines that the Supreme Court veered off course in withholding from corporations the right to endorse political candidates, how should she assess the harm that would result from leaving the offending precedent on the books? Is it a matter of consequentialist analysis? Does it depend on the precedent's implications for popular sovereignty? Do moral judgments have some role to play? Questions like these are crucial to determining the implications of a constitutional mistake, yet they admit of no answer until connected with a deeper interpretive theory". Randy J. Kozel, "Stare decisis in the Second-Best World", p. 1148.

[257] Kozel indica que a manutenção de precedentes nos casos em que a contestação à sua autoridade tem por base avaliação dos efeitos substantivos é a regra; juízos de incorreção com base na análise de resultados substantivos não entrariam em uma teoria subótima do *stare decisis* pois dependem diretamente das teorias interpretativas não consensuais. Há, contudo, casos de exceção a essa regra. E Kozel tenta abarcar tais exceções em seu modelo. Haveria casos em que uma justificação substantiva avassaladora ou determinante poderia autorizar o *overruling*. Uma *C2* que decide a partir do princípio da dignidade da pessoa humana estaria autorizada a suplantar decisões de um *C1* que implicasse, por exemplo, em gravosa violação à dignidade humana; Uma *C2* que baseia uma decisão do presente a partir do argumento da separação de poderes poderia reverter uma decisão de *C1* que estrondosamente degrada à autonomia de um dos poderes. A abertura de Kozel às exceções é uma concessão à realidade e tende a desenhar um modelo de análise mais factível, pronto para lidar com situações absurdas que não deixam de florescer na prática constitucional.

[258] Richard H. Fallon Jr, "Foreword: Implementing the Constitution", *Harvard Law Review* 111 (1997), p. 54.

sua proposta para racionalizar a derrogação da autoridade horizontal de precedentes como uma *second best*, ou uma proposta subótima, não ideal. Uma proposta não ideal de *stare decisis* pretende formular não um conceito de autoridade horizontal que se coloque como o mais correto entre todos, mas sim tecer parâmetros que possam mediar a relação entre as diversas interpretações possíveis de um precedente: "este artigo persegue um projeto diferente. Contempla uma doutrina de *stare decisis* concebida para juízes que discordam uns dos outros em questões de filosofia interpretativa. O objetivo é adaptar a doutrina do *stare decisis* ao nosso mundo não ideal de discordância interpretativa."[259]

Se Kozel propõe que as discordâncias normativas seriam impossíveis de ser solucionadas por não haver nenhum ponto arquimediano a fornecer um critério de certeza sobre qual premissa normativa é a correta, a outra face de sua proposta subótima é compreender que desacordos baseados em juízos de erro não interpretativos podem alcançar níveis de certeza que autorizam a superação de precedentes.

A proposta do *stare decisis* não ideal compreende que é possível divergir sobre a forma de interpretar a constituição e ainda assim encontrar uma base conceitual comum para operacionalizar uma teoria normativa para a superação de precedentes constitucionais. Ele segue a premissa de que nem todas as contestações existentes na prática jurídica sobre a superação de precedentes demandam engajamento em premissas interpretativas. Haverá discordâncias sobre a correção de decisões anteriores solucionáveis por parâmetros que podem ser acolhidos por aplicadoras que se comprometem com linhas teóricas diversas. É sobre esse segundo tipo de discordâncias que a doutrina do *stare decisis* não ideal deve se debruçar.

A proposta de Kozel não sugere que cortes constitucionais não devem ou não podem se comprometer com determinadas metodologias interpretativas. Ou seja, Kozel não questiona a acepção de que a definição do que é ou não o direito válido diante de uma questão jurídica é incontornavelmente um empreendimento normativo, no sentido de que as intérpretes aplicam o direito engajando-se em uma argumentação sobre como o direito deve ser. O que a proposta de Kozel implica é que as escolhas normativas que as cortes fizeram ao julgar pela primeira vez uma questão jurídica devem ser respeitadas, não podendo cortes

[259] "This Article pursues a different sort of project. It contemplates a doctrine of *stare decisis* designed for judges who disagree with each other on matters of interpretive philosophy. The objective is to tailor the doctrine of *stare decisis* to our second-best world of interpretive disagreement Randy J. Kozel, "*Stare decisis* in the Second-Best World", p. 1142.

posteriores construir juízos de erro a partir de equívocos relacionados às premissas interpretativas utilizadas.

O argumento de Kozel implica uma grande diferença entre aquilo que denominamos na introdução de problemas jurídicos inéditos e problemas jurídicos definidos. Caso uma corte esteja diante de um problema jurídico inédito, ela possuiria total liberdade para se engajar com quaisquer premissas interpretativas capazes de lhe fornecer uma fundamentação racional para sua decisão. Uma corte diante de um problema jurídico já resolvido, contudo, não teria qualquer liberdade para solucionar a questão a partir de premissas normativas distintas daquelas mobilizadas pela corte que solucionou o problema pela primeira vez. Caso a corte do presente queira derrogar a solução fornecida pela corte do passado, terá de fazê-lo por meio de um juízo de erro que não conteste as premissas normativas já estabelecidas.

Sua proposta radicaliza a ideia de que a liberdade decisória de *C2* é menor do que a liberdade decisória de *C1* quando aquela corte está rediscutindo um problema jurídico previamente discutido por esta última. Como o *stare decisis* não ideal pretende fornecer uma perspectiva avaliativa sobre o precedente que não dependa de nenhuma teoria interpretativa em particular, *C2* somente poderia alterar um entendimento estabelecido por *C1* caso a contestação à decisão anterior esteja baseada em um juízo de erro que não dependa de elementos interpretativos para ser construído. Em resumo, a força do precedente enquanto princípio formal será insuperável se a argumentação sobre seu equívoco for sustentada em desacordos do tipo normativo, ou seja, apenas diante de discordâncias empíricas cortes constitucionais estariam autorizadas a superar precedentes.

Ao mesmo tempo em que a proposta de Kozel tenta lidar com uma suposta impossibilidade de solucionar desacordos interpretativos em um contexto de desacordos normativos, o autor reconhece que sua elaboração está longe de ser normativamente neutra. A sua teoria do *stare decisis* não ideal claramente se compromete com os princípios normativos da deferência ao precedente judicial, compreendendo que a prática de seguir precedentes traz benefícios em termos de continuidade, estabilidade, impessoalidade e igualdade para o Judiciário.[260]

Caso decidamos concordar com Kozel e afirmar que os juízos de erro baseados em desacordos normativos não podem autorizar a superação de precedentes, a implicação será uma teoria normativa que reduz significativamente a capacidade do direito judicial ser modificado a partir de *overrulings*.

---

[260] Randy J. Kozel, “Stare decisis in the Second-Best World”, p. 1159.

Para Kozel, diante de desacordos interpretativos seria preferível manter a interpretação anterior a permitir uma modificação no conteúdo do direito que tenha por base um desacordo teórico fundamental entre as cortes do passado e do presente. Pelo seu argumento, só seria possível autorizar uma modificação nas hipóteses em que erros baseados em desacordos não interpretativos sejam demonstrados, situações nas quais a construção do juízo de erro não se compromete com nenhuma teoria interpretativa ou metodológica sobre o direito.

Como se verá na sequência do capítulo, a proposta de Kozel deve ser contraposta à possibilidade de que tanto juízos de erro baseados em desacordos normativos quanto juízos de erro baseados em desacordos não interpretativos possuem graus diferentes de certeza. Uma proposta que consiga definir matizes de incertezas interpretativas e não interpretativas de precedentes significaria uma diferenciação menos radical entre os casos que lidam com problemas jurídicos inéditos e casos que rediscutem problemas jurídicos já solucionados. Tal proposta deve harmonizar a necessidade de promover a segurança jurídica que os precedentes fornecem enquanto princípios formais para situações de incerteza, com a importância de qualificar os juízos de incerteza normativa entre cortes constitucionais do passado e do presente. A ação de qualificar os juízos de incerteza, como se verá, deve ser compreendida como uma tentativa de classificar uma determinada interpretação como mais ou menos permitida pela constituição, ou seja, há níveis de certeza variáveis para avaliar se uma determinada decisão jurídica é permitida ou não pela constituição.

Uma proposta alternativa à de Kozel para regular a superação de precedentes deve argumentar que o pluralismo interpretativo não pode ser compreendido como um cenário de incerteza absoluta sobre quais premissas normativas estão corretas ou erradas na interpretação de textos constitucionais. A incerteza normativa sobre a qual o autor lança luz também pode ser gradualizada. No tópico 4.2, defenderei que o modelo argumentativo do sopesamento fornecido pela teoria dos princípios para lidar com casos de discricionariedade judicial pode ser uma alternativa viável à proposta de Kozel.

No momento, contudo, cabe aprofundar no próximo subtópico os juízos de erro baseados nos tipos de desacordo que, segundo Kozel, autorizariam a superação de precedentes, qual seja, os desacordos não interpretativos.

4.1.2 Desacordos não interpretativos

O segundo tipo de contestação que cortes do presente lançam às cortes do passado ocorre quando há controvérsia a respeito da existência ou não de determinado material fático

ou empírico acessado para a tomada de decisão. Estas contestações são denominadas de juízos de erro baseados em desacordos não interpretativos.[261] É, como se vê, um conceito residual, delineado por exclusão, sendo grande a diversidade de divergências não interpretativas que pode ocorrer entre cortes do passado e do presente.[262]

Analisando casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em que *overrulings* são discutidos, Randy Kozel diferencia situações que necessariamente demandam um comprometimento com determinada teoria interpretativa para a conformação de um juízo de erro de hipóteses nas quais uma divergência é indicada sem a necessidade de recorrer a uma teoria normativa abrangente. Nestes últimos casos, não se discorda sobre o que a constituição demanda, como nas situações de desacordo normativo, mas sim sobre outros aspectos fáticos que podem influenciar na tomada de decisão.

4.1.2.1 Desacordos por inexatidão factual

O primeiro tipo de desacordo não interpretativo é derivado da identificação de erros relacionados às premissas fáticas que cortes acolhem para a tomada decisões. Compreender essa categoria de equívoco presume a diferenciação entre argumentos baseados em fatos e argumentos baseados em direitos, distinção que não é aceita de forma unânime na teoria do direito.[263] Aceitando essa diferenciação, premissas factuais são crenças sobre estados do mundo que servem como premissa para uma decisão jurídica. Kozel ressalta que alçar a inexatidão factual como um critério para avaliação da autoridade de decisões anteriores que não depende de teorias interpretativas requer diferenciá-la de duas outras categorias: opiniões e valores. O conteúdo factual de um precedente deve ser compreendido como as observações empíricas e objetivas que não dependem da análise das premissas normativas do precedente.

---

[261] Este conceito se aproxima do conceito dworkiniano de desacordos empíricos. Segundo Dworkin, desacordos empíricos ocorreriam sempre que houvesse divergência sobre a existência fática dos fundamentos de direito. Divergências empíricas ocorrem porque juristas podem discordar sobre fatos no mundo que instituem os fundamentos de direito: a revogação ou não de uma lei, a vigência de uma súmula ou de um precedente sobre determinada situação. Para Dworkin os desacordos empíricos são recorrentes na prática jurídica, mas não poderiam ser caracterizados como desacordos teóricos fundamentais. Seriam esses últimos os tipos de desacordo que mais problemas trariam à prática jurídica. O conceito de desacordos não interpretativos, contudo, adicionará ao conceito de Dworkin a dimensão da avaliação de incerteza quanto às premissas empíricas que fundam uma decisão. Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, Saraiva: São Paulo, 2011, p. 192.

[262] Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia*, p. 192.

[263] Ronald J. Allen, Michael S. Pardo, "The Myth of the Law–Fact Distinction", *NW. U. L. REV*. (97 (2003), p. 1770. Gary Lawson, "Proving the Law", *NW. U. L. VER* 86 (1992), p. 859.

Este tipo de desacordo não interpretativo possui duas variantes. Na primeira, cortes do presente identificam que cortes do passado se utilizaram de premissas empíricas equivocadas para interpretar textos constitucionais. Na segunda, a conclusão é de que as premissas empíricas estavam corretas ao tempo da decisão, mas que com o passar do tempo os fatos se alteraram e a correção da premissa não mais subsiste.

A primeira variante compreende situações nas quais as premissas fáticas mobilizadas por uma decisão podem estar equivocadas de saída, ou seja, casos em que *C1* falhou em utilizar a premissa factual correta ou exata para formular seu precedente. Nessa primeira hipótese teríamos decisões anteriores que merecem ser superadas em razão da identificação, por *C2*, de uma inexatidão na premissa factual essencial ao estabelecimento da posição anterior.

A tarefa de localizar exemplos no acervo do STF de situações nas quais a corte tenha alterado sua posição anterior em decorrência da identificação de uma inexatidão fática na premissa do precedente não obteve sucesso. A cultura argumentativa do tribunal brasileiro ainda é pouco inclinada ao uso de dados empíricos ou à explicitação de outros tipos de premissas fáticas. Mesmo quando formula decisões consequencialistas, que teoricamente deveriam estar embasadas em predições empiricamente informadas, há dificuldade de encontrar o fato bruto que sustenta o juízo jurídico.[264]

A segunda variante relaciona-se a situações nas quais a premissa fática essencial à tomada de decisão anterior vem a se provar equivocada com o transcurso do tempo, em decorrência da modificação das circunstâncias factuais. Este segundo caso corresponde às situações em que uma mudança factual foi identificada por *C2* em relação à premissa factual acolhida por *C1*.

Pensemos no caso hipotético em que *C1* decide que o casamento homoafetivo não é permitido pela constituição, e que *C2* venha a decidir que o casamento homoafetivo é permitido. É possível que a decisão de *C1* tenha se dado com base nas seguintes premissas:

a. Premissa normativa: normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os valores amplamente partilhados pela comunidade;
b. Premissa fática: a comunidade amplamente rejeita homossexualidade (suponhamos, por hipótese, que a premissa fática esteja certa).

[264] Fernando Leal; Daniela Gueiros Dias, "Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário", *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 7 (2017), p. 819-843.

E é possível que *C*2 tenha decidido com base nas seguintes premissas:

a. Premissa normativa: normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os valores amplamente partilhados pela comunidade;
b. Premissa fática: a comunidade amplamente aceita homossexualidade (suponhamos, por hipótese, que a premissa fática também esteja certa, porque houve uma mudança nos costumes da sociedade com o passar do tempo).

No caso, ocorreu uma mudança na premissa factual – antes se entendia que o casamento homoafetivo não era permitido, agora se entende que é. Mas não há desacordo normativo, e sim uma mudança fática nos valores endossados por essa específica comunidade. O exemplo utilizado por Kozel é o do caso da Suprema Corte dos Estados Unidos *FCC v. Pacifica Foundation (1978),*[265] que versou sobre a regulação das telecomunicações no país. Na decisão de 1978, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que os meios de telecomunicações não gozavam do mesmo grau de proteção à liberdade de expressão que a Primeira Emenda concedia a outros formadores de opinião. O fundamento factual dessa posição é o de que as telecomunicações estabeleceriam uma onipresença na vida dos americanos, o que demandava restrições específicas à liberdade de expressão nesses meios. Kozel argumenta que, com as evoluções telemáticas e tecnológicas ocorridas após *Pacifica*, a comunicação pela televisão deixou de gozar de seu status único de pervasividade na vida dos americanos. Com a modificação da premissa factual na qual a posição estabelecida em *Pacifica* se assentava, as restrições que antes eram impostas à comunicação televisiva foram caindo.[266]

4.1.2.2 Desacordos pela impraticabilidade de decisões anteriores

Um segundo tipo de juízo de erro baseado em desacordos não interpretativos é a operacionalidade (*workabilty)* da decisão anterior. As considerações sobre a operacionalidade do precedente têm natureza eminentemente procedimental, possuindo

[265] FCC v. Pacifica Foundation 438 U.S. 726, 748–51.
[266] "[T]raditional broadcast television and radio are no longer the 'uniquely pervasive' media forms they once were.". Fox Television Stations, 556 U.S. 531.

força independente da chave interpretativa substantiva que as aplicadoras utilizam para julgar a correção ou não do mérito do precedente.

Aqui não há propriamente uma divergência entre corte do passado e corte do presente, mas há um juízo de avaliação por parte de *C2* de que a decisão de *C1* é equivocada por não ser operacionalizável.[267] Aferir a impraticabilidade envolve várias dimensões. A decisão anterior será avaliada nos seus aspectos de clareza, transparência, cognoscibilidade e adesão pelas instâncias inferiores: o precedente está formulado de maneira clara o suficiente para que outras cortes e juízas o apliquem? O precedente está sendo executado de forma correta pelas instâncias judiciais pertinentes?

Até mesmo pela fragmentação decisória de seus acórdãos, que dificultam a identificação da tese que foi decidida em plenário, não é raro que decisões do STF sejam contestadas em razão da ausência de clareza de seus provimentos ou da não conformação das instâncias inferiores ao que teria sido decidido no precedente vertical. Abaixo serão expostos casos nos quais o STF decidiu revisitar suas posições anteriores não porque discordou em termos substantivos da intepretação da regra ou do princípio adotado pelo seu próprio precedente, mas sim por avaliar que tais posições não estavam sendo operacionalizadas ou aplicadas de forma correta.

Caso em que uma decisão do STF se provou inexequível pelas instâncias inferiores e implicou posterior modificação de entendimento foi o referente ao critério econômico para o recebimento do benefício de prestação continuada. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 (ADI 1232),[268] julgada em agosto de 1998, o STF decretou constitucional o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que estabelecia como critério para recebimento do benefício a necessidade de renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo. A ADI questionava este critério único como o parâmetro para identificar se a renda familiar seria suficiente para prover a subsistência de pessoa com deficiência ou de idoso. Apenas se a família se adequasse a tal perfil da renda seria possível a concessão do benefício de prestação continuada (BPC), conforme previsto no art. 203, V, da Constituição. A ação buscava, pois, permitir que outros elementos trazidos pelo caso concreto indicativos da incapacidade de subsistência fossem avaliados.

---

[267] Para Randy Kozel, precedentes que se provem impraticáveis em razão da própria inviabilidade de sua execução devem ser revisados.

[268] ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998.

O fato é que as instâncias inferiores não seguiram a posição estabelecida pela corte e continuaram a conceder o benefício de assistência continuada mesmo a famílias com renda mensal per capita superior a um quarto do salário mínimo. Embora a decisão em tese fosse operacionalizável, as instâncias inferiores argumentavam que a posição do STF seria insensível à realidade de miséria em que os destinatários do benefício viviam. Só em 2007, ao julgar a Reclamação nº 4.374,[269] o Supremo Tribunal Federal reverteu sua posição anterior e reconheceu a necessidade de conjugar o critério de renda per capita com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do benefício. Segundo o ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, a não execução da posição anterior pelas instâncias inferiores demonstrava a ocorrência de um processo de "inconstitucionalização" do precedente.

Uma outra versão do argumento da impraticabilidade foi manejada pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54,[270] nas quais eram discutidas a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora o fundamento utilizado por um único ministro não possa representar um argumento compartilhado integralmente pela corte, a análise específica do voto de Gilmar é relevante por ter sido sua mudança de posição que possibilitou a reversão da jurisprudência que até então permitia a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal. Gilmar Mendes deixa claro em seu voto que a aplicação equivocada e abusiva pelas instâncias inferiores do precedente estabelecido pelo STF em 2016 foi o principal fundamento para a sua mudança de interpretação:

> De forma cristalina, afirmo que o fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016. O que o STF decidiu em 2016 era que: dar-se-ia condição para se executar a decisão a partir do julgado de segundo grau. Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após a condenação em segunda instância seria possível, mas não necessariamente imperativa. Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo. Entendeu-se, equivocadamente, que estávamos determinando a prisão em segundo grau sem nenhuma avaliação acerca da eventual controvérsia, da possibilidade de recurso, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à possibilidade de a decisão de segundo grau estar em contradição com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias. Talvez o maior ícone desse desvirtuamento nas instâncias ordinárias tenha sido a edição da Súmula 122 do TRF-4, com o seguinte teor: "*encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou*

[269] Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013.
[270] ADC 43, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2019.

> *extraordinário*". Tal entendimento sumular foi firmado pelo TRF-4 em 14.12.2016 e sagrou-se como um mantra da execução provisória imediata da pena, ao largo de qualquer fundamentação da segregação. [271]

Como se vê, Gilmar Mendes sustenta que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região chegou a editar súmula com conteúdo em desconformidade com a tese estabelecida no precedente do STF que então vicejava. Avaliar o desvirtuamento da aplicação da tese encetada em 2016, tal qual faz Gilmar Mendes, é uma operação desenvolvida de forma objetiva e acessível sem a necessidade de mobilizar qualquer mediador normativo que conduza a discussão ao terreno do pluralismo interpretativo constitucional. [272]

Um argumento próximo, mas consideravelmente diferente do que discute a operacionalidade, se refere à avaliação dos efeitos substantivos que uma decisão anterior ocasiona. Há um senso comum de que precedentes devem ser avaliados de acordo com os resultados que eles implicam. Por avaliação dos efeitos ou resultados substantivos de uma decisão, Kozel compreende uma gama de justificações que englobam desde avaliações consequencialistas sobre decisões passadas até juízos sobre a justiça ou a moralidade de uma posição anterior. Assim, realiza esse tipo de avaliação de resultados uma juíza consequencialista que caracteriza determinado precedente como ineficiente, bem como uma juíza interpretativista que classifica um precedente como moralmente incorreto.

Identificar se uma decisão anterior gera resultados apropriados ou inapropriados, benéficos ou maléficos, eficientes ou ineficientes é, todavia, definição que depende diretamente de análises valorativas que devem estar tecidas necessariamente a partir de concepções interpretativas. Cai-se aqui, pois, no mundo dos desacordos normativos. Não há apenas uma lente normativa pela qual se pode julgar uma decisão como justa ou injusta, eficiente ou ineficiente. Kozel reconhece que, em determinadas circunstâncias, a conformação de um juízo sobre a operacionalidade ou não de um precedente pode implicar a incursão sobre preferências normativas ou metodológicas.

---

[271] HC 126292 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016.

[272] Mello e Baqueiro identificam tais práticas de instâncias inferiores como formas de *superação inconsistente* de um precedente do STF. A superação inconsistente seria caracterizada por três elementos: "(i) a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF, (ii) as múltiplas decisões inconsistentes e (iii) um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal." Não se está a afirmar que toda a distinção inconsistente é ocasionada por um defeito próprio ao precedente estabelecido pela corte superior. O que se pretende é exemplificar que a inexequibilidade massiva ou generalizada de decisões de instâncias superiores por instâncias inferiores é um fato no mundo comprovável para além de qualquer comprometimento com premissas normativas. Patrícia Perrone Campos Mello; Paula de Andrade Baqueiro, "Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8 (2018), p. 668-688, p. 684.

Em seu núcleo duro, contudo, dizer que um precedente é impraticável é algo bem diferente de dizer que seus efeitos substantivos não são desejáveis; apontar que a aplicação de um precedente degrada determinados valores morais ou não promove de forma suficiente determinados princípios políticos não é um juízo quanto à operacionalidade do precedente, mas sim uma avaliação normativa de seus efeitos substantivos.[273]

Deve ser frisado que Kozel reconhece ser a avaliação dos efeitos substantivos que decisões provocam uma variável importante na tomada de decisões jurídicas; também não se nega que esta avaliação compõe um juízo acerca da adequação ou não de uma decisão anterior. O que Kozel não recomenda, contudo, é que um precedente não seja superado com base em um desacordo que seja originado a partir da divergência sobre a avaliação substantiva de uma decisão anterior. A avaliação de decisões substantivas deve ser resguardada, pois, ao que denominamos problemas jurídicos inéditos (*cases of first impression*), ou seja, casos que estão a solucionar uma questão jurídica pela primeira vez. Uma vez resolvido que *C1* solucionou um problema jurídico inédito com base numa avaliação ou previsão dos efeitos e resultados substantivos que aquela decisão ocasionaria, não seria legítimo que *C2* deixasse de manter a decisão ao reapreciar a mesma questão com base na reavaliação desses efeitos substantivos.[274]

4.1.2.3 Desacordos por incoerência sistêmica ou jurisprudencial

Um terceiro tipo de juízo de erro por desacordo não interpretativo avalia a harmonia de precedentes com as demais posições jurisprudenciais de uma corte. É comum cortes constitucionais indicarem a necessidade de superação de uma posição anterior afirmando que determinada interpretação passou a ser anacrônica em relação aos avanços jurisprudenciais relacionados ao tema.[275]

---

[273] Randy J. Kozel, "Stare decisis in the Second-Best World", *California Law Review 103 (2015), p. 1139,* p. 1163.

[274] "This argument does not imply that substantive effects must be irrelevante to determining whether a precedent is wrong. The essence of interpretive pluralism is the pervasiveness of competing beliefs regarding the appropriate ends of legal interpretation. By excising substantive effects from the analysis of whether a flawed precedent should be overruled, second-best *stare decisis* accepts the prevalence of pluralism. In selecting the best interpretation of a disputed constitutional provision, judges will continue to disagree about the types of benefits and harms that are legally relevant. Second-best *stare decisis* simply prevents those disagreements from reemerging when considering whether a flawed precedent should be retained or jettisoned." Randy J. Kozel, "Stare decisis in the Second-Best World", p. 1164.

[275] *Casey*, 505 U.S. at 855.

No já mencionado caso no qual o STF reviu sua posição sobre a constitucionalidade do uso de inquéritos penais e ações penais em curso como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena encontramos, no voto do ministro Teori Zavascki, um bom exemplo dessa via argumentativa. Em harmonia com a posição do relator, que foi exposta acima, o ministro Teori Zavascki tenta demonstrar que a reversão de jurisprudência viria a colocar o caso em coerência com outros julgados nos quais o STF interpretava o princípio da presunção da inocência:

> A controvérsia acerca da utilização, na dosimetria da pena, de condenações em outros processos sem decisão transitada em julgado, diz respeito ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição ("Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"). (...) Como desdobramento desse raciocínio, o Plenário da Corte já decidiu exemplificativamente que: (a) a proibição à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) é inconstitucional (HC 104339/SP, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012); (b) o conhecimento dos recursos interpostos pela defesa deve ocorrer independentemente do recolhimento do réu à prisão (RHC 83810/RJ, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23/10/2009); (c) a execução antecipada da pena privativa de liberdade autorizada pelo art. 637 do Código de Processo Penal, na pendência de julgamento de recurso extraordinário, é inconstitucional (HC 84078/MG, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 26/02/2010); (d) o denunciado pode aguardar a decisão judicial sobre o recebimento da denúncia para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Pet 3898/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 18/12/2009); e (e), reconhecendo seu efeito irradiante no processo eleitoral, a inelegibilidade em virtude de ato de improbidade só pode ocorrer com o trânsito em julgado da decisão condenatória (ADPF 144/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/02/2010). A questão que agora se coloca envolve, de alguma forma, o sentido e o alcance que tem o princípio da presunção de inocência em face da norma do art. 59 do Código Penal, que trata da primeira fase da dosimetria da pena na sentença penal condenatória. (...) Embora se encontrem algumas decisões divergentes no âmbito da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é fato que tanto esta Suprema Corte como o Superior Tribunal de Justiça – intérprete constitucionalmente qualificado da legislação federal, penal inclusive – seguem claramente a linha de vedar a ponderação, como maus antecedentes, de inquéritos e ações penais em curso, inclusive com sentença penal condenatória recorrível.[276]

Pela argumentação de Teori, caso os maus antecedentes do acusado fossem considerados para fins de dosimetria da pena, tal leitura estaria em total incoerência com outros julgados da corte sobre o princípio da presunção de inocência. Kozel argumenta que, em teoria, aferir a consistência ou a coerência sistêmica de um precedente em relação a outro deveria ser uma tarefa exequível sem a necessidade de recorrer a teorias normativas específicas. Bastaria, em tese, uma análise intrassistêmica dentro do ecossistema das decisões existentes.

[276] RE 591054, 2014. (Voto do ministro Teori Zavascki).

É o próprio autor quem reconhece, contudo, que a prática aponta outra realidade. Muito embora em algumas ocasiões precedentes de uma corte sejam incompatíveis com decisões posteriores que essa instituição venha a tomar, a discussão sobre a coerência intrassistêmica dos precedentes irá perpassar a discussão de quais princípios fundamentais sustentam a decisão analisada. Sem uma linha bem demarcada, há grandes chances de que tais discussões redundem em reconstruções sobre o conteúdo do precedente em si, o que necessariamente trará disputas interpretativas à mesa. Além disso, ainda que uma intérprete seja capaz de delinear quais princípios gerais ou normas gerais informam um sistema de decisões dentro de determinada temática ou questão jurídica, haverá sempre a chance de que temas específicos dentro dessas orientações gerais mereçam um tratamento interpretativo próprio.[277]

4.2 DOS TIPOS DE ERRO AOS GRAUS DE INCERTEZA QUANTO AO ERRO: CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EPISTÊMICA

Para além das diferenças entre os tipos de desacordos, a tese propõe que o grau de certeza sobre a existência destes tipos diferentes de juízos de erro – erros fundamentados em desacordos normativos e erros baseados em desacordos não normativos - também pode variar, dando origem a incertezas empíricas ou normativas.

Os conceitos de incerteza empírica e normativa utilizados pela tese vão ser apresentados a partir das categorias da discricionariedade epistêmica normativa e da discricionariedade epistêmica empírica, desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Cabe, portanto, inicialmente apresentar os conceitos concebidos por Alexy para, na sequência, relacionar como eles podem ser úteis na avaliação dos graus de incerteza dos juízos de erro apresentados nos tópicos anteriores.

4.2.1 Graus de incerteza epistêmica e discricionariedade do legislador

[277] "It is possible to conceptualize the diagnosis of coherence as objective and uniform in the first instance. A judge could look over a body of jurisprudence, extract its general themes, and ask whether a given precedent respects or deviates from them. But the ultimate question will always be whether thematic outliers are justified on their own terms. There may be good reasons for treating corporate electioneering differently from electioneering by individuals, or for recognizing special rules for the tax treatment of out-of-state retailers. Or there may not. Either way, making that determination is too complicated and controversial to furnish a component of *stare decisis* doctrine in a world of interpretive pluralismo." Randy J. Kozel, "Stare decisis in the Second-Best World", p. 1166.

Para Alexy, a atividade do legislador seria dotada de espaços de atuação discricionária em relação à constituição, ou seja, margens de manobra nas quais o Legislativo não estaria constrangido pelas normas constitucionais.[278] Estes espaços de discricionariedade seriam de dois tipos: estrutural e epistêmico.

A discricionariedade estrutural existe quando se está legislando sobre matérias que constituições nem obrigam nem proíbem. Este conceito abarca tanto as matérias que a constituição faculta ao legislador disciplinar quanto a intensidade em que o legislador pode disciplinar tais matérias.[279] Já a discricionariedade epistêmica corresponde a espaços nos quais há desconhecimento quanto ao que está ordenado ou proibido pela constituição. Este espaço é derivado da incapacidade epistemológica de se identificar se determinada ordem existe ou não dentro da constituição. É fruto, como Alexy indica, dos limites sobre a capacidade de conhecermos os limites da constituição, ocasionando uma incerteza epistêmica sobre o conteúdo dos textos constitucionais.[280] Esta incerteza epistêmica pode ter origens empíricas e normativas.

As incertezas empíricas expressam dúvidas quanto à confiabilidade das premissas empíricas sobre as quais determinada intervenção a um direito fundamental está sendo justificada.[281] A existência de incerteza empírica pode ser exemplificada com a análise do julgamento do Tribunal Constitucional Federal (TCF) Alemão a respeito da norma penal que criminalizava o uso de *cannabis*.[282] O TCF entendeu que, em razão da inexistência de consenso empírico sobre os malefícios dos princípios ativos da *cannabis*, deveria ser reconhecida a discricionariedade epistêmica para o legislador definir os contornos do conflito entre o direito fundamental à liberdade de ação e o direito fundamental de proteção à saúde. É dizer, a incerteza sobre as premissas empíricas necessárias para comprovar que a proibição do uso da *cannabis* representava uma limitação inconstitucional da liberdade dos indivíduos levou o TCF a entender que o legislador estava em uma zona de discricionariedade dentro da qual a criminalização do uso do entorpecente era uma medida autorizada para proteger a satisfação também incerta do direito fundamental à saúde pública.

Casos de incertezas normativas, por sua vez, ocorrem quando há dúvidas sobre quais premissas normativas devem ser ponderadas ou como direitos fundamentais devem ser

---

[278] O conceito de discricionariedade é sempre relacional, ou seja, uma instituição ou alguém sempre tem discricionariedade para agir em relação a algum parâmetro ou alguma regra estabelecida.

[279] Paula Gorzoni, "Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais", *Novos estud. – CEBRAP* 85 (2009), p. 273-279.

[280] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 583.

[281] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 612

[282] BVerfGE 90

qualificados em determinada colisão de direitos fundamentais. A consequência desta incerteza normativa é o reconhecimento da discricionariedade epistêmica normativa, ou seja, "o reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações".[283]

Alexy exemplifica as incertezas normativas e a discricionariedade epistêmica de tipo normativo com o caso no qual o TCF debateu os limites normativos da proteção contra demissões prevista na Constituição alemã. A discussão dizia respeito à possibilidade de empresas empregadoras com menos de cinco empregados ficarem isentas do cumprimento de certas obrigações trabalhistas rígidas que buscavam proteger empregados de demissões; se possível, essa isenção deixaria os trabalhadores destas empresas apenas com as proteções flexíveis do direito civil contra demissões.[284] Colidiam, no caso, o direito à liberdade profissional dos empregadores, supostamente afetados pela rigidez da proteção trabalhista, e o direito dos empregados à proteção social contra demissões:

> De um lado considera-se fundamental e, portanto, possível que os direitos fundamentais tanto permitam – ou até mesmo obriguem – quanto proíbam a extensão da proteção rígida contra demissões às pequenas empresas; de outro lado, considera-se impossível determinar qual dessas possibilidades pode ser mais bem fundamentada.[285]

No caso, o TCF reconheceu ao legislador uma discricionariedade para quantificar os interesses contrapostos, determinando em que medida cada um dos direitos deveria ser protegido. Para efetivar o direito fundamental à proteção do trabalhador, o legislador poderia tanto garantir o mínimo que a Constituição exige ou garantir mais do que este mínimo. Há, pois, um contínuo de opções possíveis para que o Legislativo concretize direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional só deveria agir caso a garantia mínima exigida pela Constituição estivesse ameaçada. No caso em análise, a proteção que as leis civis garantiam aos trabalhadores foi avaliada como adequada ao mínimo de proteção recomendado pela Constituição, e o legislador estaria dentro de sua margem de manobra ao eliminar a necessidade de empregadores com menos de cinco empregados cumprirem as obrigações trabalhistas rígidas.

Ponto importante para meu argumento no momento é sublinhar que os tipos de incerteza sobre aquilo que a constituição determina são avaliados de forma gradual, a partir

---

[283] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 612.
[284] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 613.
[285] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 622.

de níveis de certeza ou graus de confiabilidade (*reliability*). Alexy classifica a confiabilidade das premissas empíricas e normativas em três níveis: (i) confiável ou certa, (ii) plausível e (iii) não evidentemente falsa.[286] A depender de como as premissas são classificadas, há alteração do valor da interferência nos direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, identificar a confiabilidade em uma escala triádica permite discernir graus de certeza, etapa essencial para avaliar as interferências do legislador sobre direitos fundamentais como autorizadas ou não dentro da máxima da proporcionalidade proposta por Alexy:

> O ponto determinante é que a confiabilidade é um fator que não se refere às coisas, no nosso caso a intensidade da interferência e os pesos abstratos, ou seja, não é um fator ôntico. Pelo contrário, é um fator que se refere ao conhecimento das coisas, ou seja, é um fator epistêmico. Esta distinção entre fatores ônticos e epistémicos revelar-se-á de extrema importância para a teoria dos princípios formais e para a discricionariedade legislativa.[287]

A existência de graus de certeza para definir os espaços de discricionariedade do legislador em face da constituição é útil à minha tese na medida em que pretendo discutir o grau de incerteza que cortes constitucionais do presente possuem em relação à correção da interpretação que cortes do passado fizeram da constituição. A compreensão de que os diferentes tipos de juízos de erro apresentados pelo capítulo possuem uma dimensão epistêmica é essencial à estruturação do argumento da tese de que precedentes devem servir como forma de controlar a incerteza do conteúdo do direito.

A discricionariedade epistêmica, contudo, é um conceito trabalhado por Alexy em torno dos debates sobre a definição das competências do legislador e da jurisdição constitucional; o autor não formula, pois, uma teoria geral sobre a discricionariedade que seja aplicável ao conflito entre outras autoridades.[288] Para os fins da presente tese, que trata do conflito entre as decisões de cortes constitucionais do passado e as decisões de cortes do presente, o tipo de discricionariedade que importa definir é a discricionariedade judicial.

4.2.2 Incerteza epistêmica e discricionariedade judicial na superação de precedentes

---

[286] Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics", p. 515.

[287] "The decisive point is that reliability is a factor that does not refer to the things, in our case the intensity of interference and the abstract weights, that is, it is not an ontic factor. Rather, it is a factor that refers to the knowledge of things, that is, it is an epistemic factor. This distinction between ontic and epistemic factors will turn out to be of utmost importance for the theory of formal principles and legislative discretion" Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics", p. 514.

[288] Mathias Klatt, Johannes Schmidt, "Epistemic Discretion in Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law* 10, (2012), p. 69-105.

Definir o que é discricionariedade judicial é essencial para proporcionar uma base de legitimidade à pretensão de correção de decisões judiciais. Embora haja vasta discussão na teoria do direito sobre a existência e a natureza da discricionariedade judicial, meu ponto de partida assume que o ambiente de interpretação de direitos fundamentais não é um ambiente de respostas únicas, ou seja, os direitos fundamentais previstos em constituições não podem ser interpretados apenas de uma única maneira. O resultado do discurso jurídico que interpreta direitos fundamentais pode, pois, encontrar mais de uma resposta correta.

Mathias Klatt aplica os conceitos de discricionariedade estrutural e epistêmica de Alexy para explicar a discricionariedade judicial. Para Klatt, a discricionariedade judicial estrutural ocorreria quando juízas decidem problemas jurídicos diante dos quais as normas jurídicas são silentes. No caso da discricionariedade epistêmica, há indefinição sobre quais são os limites que a constituição, precedentes e outros materiais jurídicos impõem às juízas.[289]

Dentro do espaço da discricionariedade estrutural, a escolha por um dos resultados dentre os vários autorizados é política, aberta; no espaço de escolha de discricionariedade epistêmica, por outro lado, as considerações jurídicas não podem ser deixadas de lado no momento de realização da escolha entre as várias opções permitidas pelo espaço discricionário.[290] Ou seja, aqui, a discricionariedade deve ser exercida por meio de uma justificação jurídica, e não somente conforme padrões políticos.[291] A discricionariedade judicial epistêmica pode ser empírica ou normativa. A discricionariedade judicial epistêmica empírica é aquela que possibilita às juízas usarem compromissos empíricos incertos na justificação de seus julgamentos; a discricionariedade epistêmica normativa no Judiciário, por sua vez, implica que juízas têm liberdade para definir o que o direito proíbe, comanda ou deixa em aberto.

Para definir se juízas possuem ou não discricionariedade diante de determinada questão jurídica, Klatt reconstruirá a discricionariedade judicial enquanto um princípio formal. Nos termos em que definimos princípio formal no capítulo 2, a discricionariedade é um princípio formal porque ela não estabelece o conteúdo do direito em si, mas sim define quem tem liberdade para definir o conteúdo do direito. A conceituação da discricionariedade como princípio formal possibilitará sopesá-la com outros princípios, inclusive princípios

---

[289] Mathias Klatt, "Taking Rights less Seriously: a structural analysis of judicial discretion", *Ratio Juris* 20 (2007), p. 506-529

[290] Mathias Klatt, "Taking Rights less Seriously", p. 517.

[291] Mathias Klatt, "Taking Rights less Seriously", p. 520.

materiais. Será este sopesamento, por sua vez, que decidirá em definitivo se juízas estão ou não diante de casos nos quais o direito concede espaços de discricionariedade para decidir. A maneira pela qual Klatt desvela se há ou não discricionariedade judicial é complexa e merece ser melhor aprofundada.

A reconstrução de Klatt da discricionariedade como princípio formal e a localização desta dentro de um balanceamento demandará a necessidade de diferenciar dois tipos de discricionariedade: *discricionariedade de primeira ordem* e *discricionariedade de segunda ordem*, ou *discricionariedade prima facie* e *discricionariedade definitiva*. A discricionariedade epistêmica enquanto princípio formal atua como uma discricionariedade de primeira ordem quando, por sua estrutura principiológica, será objeto de otimização dentro do sopesamento a ser realizado em face de um princípio material colidente. Se o princípio formal da discricionariedade epistêmica tiver precedência sobre o princípio material colidente, o resultado do sopesamento será a discricionariedade de segunda ordem ou discricionariedade definitiva, ou seja, há certeza de que a intérprete possui margem de manobra para decidir determinada questão jurídica. Se, no entanto, o princípio material tiver prevalência sobre o princípio formal da discricionariedade de primeira ordem, há uma resposta claramente mais correta do que outra e a intérprete não tem discricionariedade de segunda ordem para agir.

Klatt denomina a sua perspectiva sobre a discricionariedade judicial de modelo dinâmico, na medida em que os limites da discricionariedade judicial epistêmica definitiva irão depender da relação entre o peso da interferência nos princípios materiais em conflito e o peso da discricionariedade de primeira ordem como princípio formal.[292] Dentro do argumento de Klatt, a técnica do sopesamento seria essencial para definir a amplitude da discricionariedade judicial. Apenas colocando a discricionariedade de primeira ordem dentro da estrutura formal do sopesamento seria possível estabelecer diferentes pesos ou graus de não satisfação do princípio material colidente e, desta forma, definir se há ou não discricionariedade definitiva no caso.[293]

Há relevantes discussões dentro da teoria dos princípios sobre de que formas princípios formais devem ser inseridos em sopesamentos, como eles devem interagir com princípios materiais e qual a relação entre princípios formais e incertezas epistêmicas. O próximo capítulo ingressará nestas discussões, mas, por enquanto, gostaria de me limitar a destacar a

[292] Mathias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, p. 524.
[293] Mathias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, p. 520.

importância de debater, a partir do referencial teórico dos princípios formais, os graus de discricionariedade judicial para as discussões sobre superação de precedentes.

4.2.3 Como inserir as incertezas empíricas e normativas na racionalização da superação de precedentes?

Como mencionado no capítulo 3, o fundamento para a prevalência da autoridade de precedentes horizontais é o fato de que cortes do presente podem estar mergulhadas em situações de incerteza. A tarefa essencial que o capítulo anterior impôs foi a necessidade de determinar quando uma corte do presente atravessa o limiar epistêmico; definir os contornos do limiar epistêmico é o mesmo que indicar a partir de qual momento uma *C2* detém níveis de certeza suficientes para confiar em seu próprio balanço de razões ao invés de seguir o balanço de razões estabelecido por *C1* com o precedente.

Colocando em paralelo a estratégia racional que Klatt propõe para definir quando cortes estarão diante de uma discricionariedade definitiva e o propósito da tese de controlar racionalmente discussões sobre superação de precedentes, considero que ambos os projetos pretendem iluminar os contornos do mesmo espaço de atuação de personagens jurisdicionais: o espaço da discricionariedade judicial.

O principal paralelismo entre os dois projetos é a necessidade de avaliar em graus a existência de incertezas epistêmicas. Os graus de incerteza empírica e normativa que conformarão a discricionariedade judicial epistêmica de Klatt são justamente a mesma operação necessária para desvendar se uma corte atingiu ou não o limiar epistêmico que o capítulo 3 conceituou. Caso esta discricionariedade de primeira ordem prevaleça e se convole em discricionariedade de segunda ordem para a corte, conclui-se que há uma discricionariedade definitiva, é dizer, a corte não atingiu o limiar epistêmico que lhe fornece níveis de certeza para definir quais são as determinações exigidas ou proibidas pela constituição.

Se, por um lado, Klatt afirma que a prevalência do peso da discricionariedade de primeira ordem sobre o peso da intervenção ao princípio material deve implicar no reconhecimento da discricionariedade de segunda ordem, esta tese quer sustentar que a prevalência dos níveis de incerteza epistêmica sobre o peso da satisfação ou não satisfação de um princípio material colidente implica a necessidade de seguir precedentes. No contexto da discussão sobre superação de precedentes, diante da prevalência das condições de

incerteza para definir o conteúdo de direitos fundamentais, os precedentes que resolveram a questão anteriormente devem ser mantidos.

Colocando em termos brutos o que será adiante detalhado: Se uma *C1* decidiu no passado que os discursos de ódio são permitidos por uma constituição, uma corte *C2* que tenha que decidir novamente a constitucionalidade de discursos de ódio só poderá modificar a posição da instituição caso alcance níveis relevantes de certeza de que a posição anterior era proibida pela constituição. Se essa corte do presente não está tão certa de que a interpretação anterior era proibida pela constituição, o precedente deve prevalecer, mesmo que *C2* entenda que a interpretação anterior não é a melhor que poderia ser extraída do texto constitucional.

Precedentes horizontais ocuparão, assim, o espaço do que seria antes reservado à discricionariedade de segunda ordem. Precedentes constitucionais teriam o poder, pois, de transformar um espaço que antes seria de liberdade decisória em um espaço no qual a decisão do passado deve prevalecer. A prevalência da incerteza que antes gerava a possibilidade de cortes decidirem de forma discricionária agora implicará na necessidade de seguir a decisão do passado.

Precedentes, neste sentido, não precisam se provar decisões ótimas ou mais corretas do que as decisões do presente; eles precisam se provar apenas decisões permitidas pela constituição: se as condições de incerteza epistêmica vicejam, o fundamento da segurança jurídica recomenda que o precedente seja mantido ao invés de conceder um espaço de discricionariedade de segunda ordem à intérprete para que ela reinterprete o texto constitucional de maneira ótima, ideal ou mais correta. Quando o juízo de erro da corte do presente não for forte o suficiente para retirar o precedente de dentro da zona de discricionariedade, é recomendável que esta decisão *em certa medida* equivocada seja mantida.

A principal finalidade de técnicas que buscam controlar processos de superação de precedentes deve ser, portanto, a criação de parâmetros para avaliar se a tese jurídica que sustenta a decisão anterior está inserida ou não dentro da zona de discricionariedade epistêmica que constituições concedem às cortes constitucionais. A medida em que há mais certeza de que o precedente contém uma interpretação autorizada pela constituição, maior será o peso do precedente e mais chance ele tem de ser mantido pela corte do presente. Do contrário, quanto menor o nível de certeza quanto ao pertencimento do precedente à zona de discricionariedade judicial, menor será o peso da posição jurídica anterior e, por consequência, maior a chance da norma precedental ser superada. Analisando sob a ótica da

nova interpretação que se quer impor, quanto maior a chance de teses e princípios concorrentes serem exigidos pela constituição, maiores as chances de precedentes serem superados.

O capítulo 5 tratará de diversos modelos que tentam arquitetar a estrutura de um sopesamento capaz de avaliar a localização ou não de um precedente dentro de uma zona de discricionariedade. Uma proposta normativa que pretenda operacionalizar a forma como a autoridade horizontal de precedentes constitucionais pode ser derrotada deve lidar com o fato de que a incerteza que fundamenta esta autoridade pode ser descrita tanto em tipos de incerteza variados (normativa e empírica) quanto em graus diferenciados. Diferentemente do modelo do sopesamento de Alexy, demonstrarei que os níveis de confiabilidade ou de certeza epistêmica não serão mobilizados apenas para medir a intensidade da interferência de uma lei sobre um direito fundamental estabelecido pela constituição, mas também para qualificar em que medida uma decisão do passado está dentro de um contexto de discricionariedade constituído por níveis de incerteza epistêmica. Tipos de divergências e graus de incertezas são, pois, dois lados de uma mesma moeda.[294]

4.3 CONCLUSÃO PARCIAL

O capítulo 4 buscou predicar os juízos de erro que cortes constitucionais do presente desenvolvem quando contestam decisões de cortes constitucionais do passado. Estes juízos de erro foram qualificados em dois sentidos, quanto à natureza do equívoco e quanto ao grau de incerteza no qual este equívoco é sustentado.

Juízos de erro podem ser classificados quanto a sua natureza entre juízos de erro baseados em desacordos interpretativos e juízos de erro baseados em desacordos não interpretativos. Os do primeiros tipo expressam a discordância entre cortes constitucionais sobre o que a constituição determina ou autoriza. Constituições podem ser interpretadas a partir de diferentes premissas normativas, inexistindo uma teoria interpretativa abrangente que se legitima como a maneira mais adequada de ler o texto constitucional. Como o processo de estabelecimento de um precedente judicial é necessariamente um processo de interpretação de um texto constitucional, desacordos sobre a correção de decisões anteriores podem estar fundamentados no uso de premissas normativas conflitantes entre cortes do passado e do presente.

---

[294] Peng-Hsiang Wang, “Formal principles as second order reasons”, p. 16.

O segundo tipo de juízos de erro são os baseados em desacordos não interpretativos. Aqui a discordância entre cortes constitucionais do presente e do passado se dá não porque elas se engajam em premissas normativas conflitantes para interpretar a constituição, mas sim porque há diferença no nível ou na qualidade das informações fáticas que sustentam os seus processos decisórios.

O capítulo demonstrou, no entanto, que além de poderem ser qualificados quanto à natureza, os juízos de erro vão variar em graus de incerteza. A certeza sobre a existência dos erros, sejam eles interpretativos ou não interpretativos, não é algo construído de forma binária: ou o erro é existente ou ele é inexistente. Há variados graus de certeza sobre a existência de erro nas decisões anteriores.

Tarefa essencial às propostas que buscam controlar quando precedentes devem ser superados é, portanto, definir a partir de que nível de certeza sobre o erro da decisão anterior se pode autorizar um *overruling*. O capítulo apostou que a definição deste nível de certeza seria possibilitado caso relacionássemos a discussão sobre tipos de desacordo no direito com o conceito de discricionariedade epistêmica fornecido pela teoria dos princípios.

Utilizei o conceito de discricionariedade epistêmica desenvolvido pela teoria dos princípios para demonstrar como o espaço no qual a autoridade de precedentes constitucionais deve prevalecer é aquele nos quais cortes deveriam ter, em princípio, discricionariedade judicial para agir. A discricionariedade epistêmica judicial ocorre quando cortes constitucionais estão autorizadas a tomar decisões a partir de incertezas normativas ou empíricas.

Ocorre que nas hipóteses onde se discute superação de precedentes já há uma decisão anterior tomada dentro deste âmbito de discricionariedade epistêmica. O que este capítulo 4 demonstrou é que, diante de tais situações de discricionariedade epistêmica, pode ser recomendável que uma decisão anterior seja mantida ao invés de possibilitar à corte do presente estabelecer uma nova posição jurídica. O ponto é que não seria autorizado que cortes do presente buscassem decisões melhores, ótimas ou ideais se a tese jurídica proposta pelo precedente já é autorizada pela constituição.

A função do próximo capítulo, portanto, é apresentar uma proposta para regular a superação de precedentes que leve em consideração tanto a diferença na natureza entre desacordos quanto a possibilidade destes desacordos serem matizados em graus. Esta proposta teria a virtude de levar em consideração a possibilidade de tanto desacordos interpretativos quanto não interpretativos autorizarem a superação de precedentes. Caso compreendêssemos que apenas incertezas empíricas poderiam autorizar uma superação de

precedentes, como formula a teoria do *stare decisis* não ideal de Randy Kozel, a implicação seria uma proposta que impediria a derrogação anterior sempre que a discordância entre cortes do passado se estabelecesse em termos normativos. Uma tal proposta engessaria demasiadamente o papel das cortes do presente diante do que denominamos de problemas resolvidos

Como se verá, o capítulo 5 apostará na reconstrução das discordâncias entre cortes do presente e do passado por meio da gramática do sopesamento entre princípios materiais e princípios formais fornecida pela teoria dos princípios. O argumento será de que as fronteiras do limiar epistêmico que definem o espaço da discricionariedade podem ser delineadas a partir de operações de sopesamento que tomam em conta em que medida o precedente é permitido ou proibido pela constituição.

5 PRINCÍPIOS FORMAIS, MODELOS DE SOPESAMENTO E RACIONALIZAÇÃO DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

O capítulo 3 cuidou de justificar a autoridade horizontal dos precedentes constitucionais. O argumento da segurança jurídica – em sua variante do controle da incerteza – foi então alçado a fundamento normativo da autoridade parcialmente independente apresentada no capítulo 2. O capítulo 4 trabalhou e o presente capítulo continua a trabalhar casos de superação de precedentes nos quais a corte constitucional do presente não tem certeza sobre qual solução a constituição estabelece como correta para determinado problema jurídico e, por consequência, está incerta de que a decisão tomada pela corte do passado está equivocada. A incerteza central na superação de precedentes horizontais é a incerteza da corte do presente em relação ao conteúdo da constituição. Se a corte do presente possui alto grau de certeza sobre o que a constituição ordena, garante ou proíbe, ou mesmo sobre como uma colisão de direitos fundamentais deve ser resolvida, ela é capaz de avaliar sem maiores transtornos como correta ou incorreta a posição estabelecida por um precedente.

O capítulo 4 avançou neste ponto e definiu que a autoridade de precedentes constitucionais tende a ser mantida quando a tese estabelecida pela decisão anterior estiver dentro do âmbito da discricionariedade judicial epistêmica que a constituição concede às cortes constitucionais. Existe discricionariedade judicial epistêmica sempre que cortes constitucionais estão diante de incertezas empíricas ou normativas sobre o que a constituição lhes ordena, proíbe ou faculta, podendo em tais casos escolher uma dentre várias soluções autorizadas pela constituição. Para que precedentes sejam superados, portanto, é necessário demonstrar que as posições jurídicas por eles estabelecidas são em certa medida proibidas pela constituição ou, em outro sentido, que a decisão do presente que quer superá-lo estabelecerá uma posição em certa medida exigida pelo texto constitucional. É esta comparação entre a tese jurídica do passado e a tese jurídica do presente que tem como parâmetro os contornos da discricionariedade judicial epistêmica que deverá ser observada para regular casos de superação. O argumento é de que a posição jurídica do precedente e a posição jurídica que pretende superá-la no presente não podem estar em uma relação de paridade dentro do espaço de discricionariedade epistêmica. Caso elas estejam, é preferível manter a decisão da corte do passado a autorizar uma nova decisão a surgir dentro discricionário.

O capítulo 4 termina suscitando a hipótese de que, a fim de avaliar como os diferentes graus de incerteza epistêmica definem a prevalência ou não de uma decisão anterior, seria necessário fazer uso de modelos argumentativos baseados em sopesamentos. O que um modelo de sopesamento para superação de precedentes necessita urdir, portanto, é uma forma de regular como diferentes graus de certeza sobre o pertencimento ou não de uma interpretação anterior à zona de discricionariedade judicial influenciam a avaliação de uma corte do presente para superar ou não um precedente. O presente capítulo busca apresentar modelos capazes de controlar argumentativamente a superação de precedentes tanto em casos de incerteza empírica quanto em situações de incerteza normativa. Para isto, aposta nas ferramentas analíticas da teoria dos princípios, especificamente nos modelos de sopesamento entre princípios formais e princípios materiais.

Dois são os argumentos centrais do capítulo. O primeiro é de que a definição do peso de um precedente poder alcançada por meio da análise de marcadores que tentam captar os níveis de incerteza empírica e normativa que rodeiam a decisão tomada no passado. A partir da análise destes marcadores, precedentes podem ser classificados como *certamente autorizados pela constituição, plausivelmente autorizados pela constituição* ou *não evidentemente proibidos pela constituição.* O segundo argumento é que o modelo misto ou combinado de sopesamento entre princípios materiais e formais é uma arquitetura conceitual adequada para representar o peso e a influência que o precedente exerce na dinâmica decisória de cortes do presente em situações de incerteza epistêmica. Aplicando este modelo a hipóteses em que se discute a superação de precedentes seria possível regular racionalmente tais operações.

Para sustentar estas teses, o capítulo está dividido em três partes. O subtópico 5.1 reconstruirá brevemente a forma como a máxima da proporcionalidade é estruturada, apresentando de forma mais detalhada como o sopesamento foi tecido para lidar com a colisão de direitos materiais. No subtópico 5.2 discutirei como princípios formais são inseridos dentro da estrutura do sopesamento, apresentando diversos modelos que pretendem regular como colisões entre princípios materiais e formais podem ser resolvidas. Ponto essencial nesta etapa é o esclarecimento da relação entre princípios formais e condições de incerteza normativa e empírica. Por fim, o subtópico 5.3 aplicará as ferramentas da teoria dos princípios aos casos de superação de precedentes. Aqui, desenvolverei os marcadores que definirão o peso dos precedentes – compreendidos enquanto princípios formais - e

defenderei por que o modelo misto ou combinado melhor regula as hipóteses de superação de precedentes.

5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS MATERIAIS

A formulação de direitos fundamentais como princípios a serem otimizados leva Robert Alexy a conceber a máxima da proporcionalidade como forma de analisar racionalmente se as intervenções em direitos fundamentais são justificadas ou não. A máxima da proporcionalidade é composta por três etapas, ou três máximas parciais: o exame da adequação, o exame da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as etapas da adequação e da necessidade avaliam a otimização dos princípios em relação às possibilidades factuais (relações meio-fim), a etapa da proporcionalidade em sentido estrito analisa a otimização em relação às condicionantes jurídicas, especificamente em relação aos princípios colidentes. A proporcionalidade em sentido estrito é operacionalizada por meio do sopesamento entre princípios. O sopesamento é uma forma de argumentação racional que tem como estrutura formal a fórmula do peso. Assim como processos argumentativos que interpretam regras se fiam na estrutura formal do método dedutivo, processos que interpretam princípios devem se fiar na estrutura da fórmula do peso:[295]

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j}$$

Segundo esta fórmula, P_{ij} representará o peso concreto do princípio *i* em face do princípio *j*, indicando qual dos dois princípios tem precedência sobre o outro na colisão entre direitos fundamentais representada. Ao contrário da subsunção, na qual o conflito entre regras aplicáveis a um mesmo âmbito redundará na invalidação de uma regra em face da outra, o resultado do sopesamento é sempre uma relação de precedência de um princípio sobre o outro, não acarretando a perda da validade do princípio preterido.

A precedência é resultado da comparação entre o grau de não satisfação (ou grau de intervenção) de um princípio em relação à importância da satisfação do princípio colidente em disputa. Se o quociente é maior que 1, P_i toma precedência sobre P_j; se menor que 1, a precedência é de P_j sobre P_i; se o quociente resulta em 1, há impasse, o que implica a

[295] Robert Alexy, "On balancing and subsumption: a structural comparison", *Ratio Juris* 16 (2003), p. 433.

existência de discricionariedade estrutural.[296] A proporcionalidade em sentido estrito é expressa na denominada "primeira lei do sopesamento", ou "lei material do sopesamento": *Quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro princípio em disputa*.

Conforme a equação, essa relação de precedência é encontrada por meio do quociente entre variáveis *I, A e C* de cada princípio. A variável *I* corresponde à intensidade da intervenção no princípio *i* (*Ii*) e ao grau de satisfação do princípio *j* (*Ij*). A variável *A* corresponde ao peso abstrato dos princípios *i* e *j*. Como geralmente direitos fundamentais possuem pesos abstratos iguais, a variável *A* não influencia no resultado do sopesamento. Por fim, a variável *E* indica a confiabilidade das premissas epistêmicas que informam o juízo sobre a intensidade da intervenção no princípio *i* e sobre a satisfação do princípio *j*. É justamente na variável *E* que ingressam as discussões sobre o conceito de incerteza epistêmica elaborado por Alexy e mencionado no capítulo anterior como inspiração para os conceitos de incertezas empíricas e normativas. Alexy chega a formular uma equação para representar como a variável *E* é composta pelas premissas normativas e empíricas:

$$E = E_i^n \; x \; E_i^e$$

Tanto a confiabilidade das premissas normativas quanto a confiabilidade das premissas empíricas são fatores epistêmicos, e não ônticos, que influenciam diretamente o peso com que certa intervenção é avaliada, podendo assim definir se determinada intervenção em um direito fundamental é autorizada ou não. A importância da variável epistêmica *E* na operacionalização da fórmula do peso é expressa na "segunda lei do sopesamento" ou "lei epistêmica do sopesamento"[297]: *quanto mais séria for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção baseia-se*. A importância dos conceitos de confiabilidade normativa e empírica dentro da fórmula do peso fez com Alexy detalhasse tal fórmula de maneira a representar propriamente tais variáveis dentro da fórmula do peso originária. Chegou assim ao que denominou de "fórmula do peso refinada":[298]

---

[296] Conforme indicado no capítulo anterior, há discricionariedade estrutural quando a constituição não oferece nenhuma solução para resolver a colisão de direitos fundamentais.
[297] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 617.
[298] Robert Alexy, *"Formal principles: some replies to critics",* p. 614.

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i^n \; x \; E_i^e}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j^n \; x \; E_j^e}$$

Por ter uma natureza formal, a fórmula do peso só consegue produzir um quociente se suas variáveis forem traduzíveis em termos numéricos. É por isso que Alexy propõe a escala triádica contínua geométrica para colocar sua fórmula em funcionamento. Por essa escala, as intervenções em direitos fundamentais e a satisfação de direitos colidentes podem ter intensidade leve (2^0), moderada (2^1) ou séria (2^2). No que diz respeito à variável da confiabilidade, como já mencionamos, as premissas podem ser classificadas como confiáveis (2^0), plausíveis (2^{-1}) ou não evidentemente falsas (2^{-2}).

Esta formulação permite que, se a variável epistêmica *E* tiver resultado 1, a variável substantiva *I* não tem seu valor alterado. Na medida em que as variáveis epistêmicas empírica e normativa possuem valor menor que 1, a força da afirmação sobre a variável *I* é reduzida. Com esse arranjo, mesmo o grau mais intenso de intervenção em determinado direito fundamental pode ter sua força enfraquecida caso esta intervenção esteja baseada em premissas empíricas ou normativas débeis. Por outro lado, o peso concreto do princípio P_i "cresce na medida em que o grau de incerteza epistêmica no âmbito de realização do princípio colidente também cresce".[299]

O resultado do quociente é estabelecido pelo que se denominou de lei da colisão, uma norma tipo regra que surge atribuída ou adscrita à colisão entre os princípios em disputa: Se o princípio P_i, sob as circunstâncias K, tem precedência sobre o princípio P_j: (P_i P P_j) e, se de P_i, sob as circunstâncias K, resulta a consequência jurídica R, então vale uma regra, que contém K como suposto de fato e a R como consequência jurídica: K→ R. Em resumo, *as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem um suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.*

A fórmula do peso determina a estrutura interna da técnica de sopesamento entre princípios. Toda e qualquer decisão que siga esta estrutura estará internamente justificada segundo a lei do sopesamento. Grande parte das controvérsias na aplicação da fórmula do peso deriva, no entanto, de discordâncias em relação à atribuição do peso que se dá a cada uma das variáveis de acordo com a escala triádica. A justificação da determinação dos pesos é o que se denomina de justificação externa. A diferenciação entre as justificações interna e externa será essencial para compreender os parâmetros que a tese proporá para regular a

[299] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 618.

superação de precedentes constitucionais. Uma proposta que controle o *overruling* deve tanto cuidar de parâmetros para atribuição do peso aos precedentes (justificação externa) como desvelar qual modelo de sopesamento melhor soluciona casos de contestação a decisões anteriores (justificação interna).

Após apresentadas as bases gerais sobre a estrutura do sopesamento na teoria dos princípios, bem como a maneira específica como esta estrutura insere as condições de incerteza sobre a intervenção ou satisfação de direitos fundamentais dentro de sua fórmula, é necessário passar às discussões sobre como os princípios formais ingressam em sopesamento com princípios materiais ou com outros princípios formais. Isso se mostra necessário na medida em que a forma como a tese conceitua a autoridade horizontal de precedentes constitucionais permitiu compreendê-los como princípios formais, e não apenas como veículos de princípios materiais.[300]

5.2 MODELOS DE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS FORMAIS

Há diversos modelos dentro da teoria dos princípios que se propõem a lidar com a complexa relação entre princípios formais – como são os precedentes - e princípios materiais. As principais divergências no tratamento dos princípios formais têm conexão com a forma como eles interagem com os princípios materiais dentro da fórmula do sopesamento, inicialmente moldada para lidar com as colisões entre princípios materiais.[301] É necessário rememorar que as discussões sobre princípios formais na obra de Robert Alexy fazem referência quase sempre ao princípio democrático enquanto princípio formal, ou seja, há forte inclinação para que as características do modelo de Alexy para lidar com as colisões envolvendo princípios formais se adaptem e se modifiquem para solucionar as específicas tensões existentes entre as competências de revisão da jurisdição constitucional e a discricionariedade do legislador democraticamente eleito.

Eu descreverei os modelos de sopesamento dividindo-os em duas categorias: modelos de sopesamento de nível único e modelos de sopesamento de dois níveis. Como se verá, a primeira categoria compreende modelos nos quais é necessário realizar apenas um sopesamento para resolver o conflito no qual o princípio formal está envolvido. Aqui a fórmula do peso só é aplicada uma única vez, muito embora a função dos princípios formais

---

[300] Esta definição conceitual é debatida no capítulo 2.

[301] Matthias Klatt, "Positive Rights – Who Decides? Judicial Review in Balance", *International Journal of Constitutional Law* 13, (2015), 354-382, p. 366.

varie conforme o arranjo. Classificam-se como modelos de sopesamento de nível único o modelo substantivo-formal puro e o modelo misto ou combinado.

A segunda categoria compreende modelos que recorrem a um sopesamento de segundo nível ou de segunda ordem para inserir o princípio formal na colisão. Aqui, portanto, dois sopesamentos serão efetuados para que se represente a repercussão do princípio formal na colisão envolvida. O modelo epistêmico e o modelo da concordância prática entre princípios formais são apresentados como exemplares do sopesamento de dois níveis. Embora três dos quatro modelos tenham sido formulados inicialmente por Alexy (modelo substantivo-formal puro, modelo misto ou combinado e modelo epistêmico), a reconstrução de suas características levará em conta as críticas e os complementos incorporados nos últimos anos por outras contribuições dentro da teoria dos princípios.

5.2.1 Modelos de sopesamento de nível único

5.2.1.1 Modelo substantivo-formal puro

Um primeiro modelo de sopesamento de nível único para lidar com princípios formais é denominado de *modelo substantivo-formal puro*. Neste, um princípio formal e um princípio material são colocados em colisão direta. Para exemplificar um caso de colisão dentro deste modelo Alexy recorre à fórmula de Radbruch, que coloca em conflito o princípio formal da segurança jurídica com o princípio material da justiça. A fórmula pode ser expressa pela seguinte máxima: a injustiça extrema não é direito.[302]

Explicando esta colisão nos termos da fórmula do peso, o princípio da justiça somente possuiria precedência sobre o princípio da segurança jurídica caso tenha um peso concreto maior do que este último ante as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. Diante de uma situação de injustiça que não é extrema, representando apenas uma não satisfação moderada ou leve na otimização do princípio da justiça, o peso da intensidade da interferência no princípio formal da segurança tende a ser pesada Se todos os casos de injustiças leves ou moderadas puderem ser revisitados por meio de pequenas erosões à segurança jurídica, o custo sistêmico para o ordenamento jurídico, em termos de coordenação e estabilidade, é relevantíssimo. Assim, neste primeiro cenário, o peso da interferência no princípio formal da segurança jurídica seria maior do que a satisfação do princípio material da justiça. Em

[302] Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, p. 516.

casos de extrema injustiça, contudo, o grau de não satisfação do princípio material é sério e o grau de intervenção no princípio formal é leve. Casos de injustiça extrema são exceções, não sendo recorrentes no sistema. A quebra da segurança jurídica em casos excepcionais não é capaz de erodir a segurança jurídica como um todo. Ou seja, em casos de injustiça extrema, a aplicação da fórmula do peso implicaria a precedência da séria insatisfação do princípio material da justiça em face da leve intervenção no princípio formal da segurança jurídica.

5.2.1.2 Modelo misto ou combinado

Um segundo esquema para explicar a interação entre princípios formais e materiais seria o modelo misto ou modelo combinado (*combination model*), no qual um primeiro princípio material é colocado em colisão com um segundo princípio material que, por sua vez, está acompanhado por um princípio formal. Neste esquema, o princípio formal cumpre a função de acrescer um peso ou uma força extra ao princípio material que ele está a acompanhar.[303]

Em tais casos, o princípio formal estará sempre ao lado do princípio material que fundamenta a decisão autoritativa que se discute. Ao se debater a adequação de decisões tomadas pelo Legislativo em face da constituição, por exemplo, o princípio formal do legislador democraticamente eleito acrescenta carga argumentativa à decisão da autoridade que institucionalmente deve ter sua decisão - *prima facie* – respeitada, no caso, à decisão do legislador. Este modelo supõe o que Alexy denominou de "lei da conexão", ou seja, princípios formais jamais podem enfrentar diretamente princípios materiais em um sopesamento, devendo necessariamente estar conectados a algum princípio material que se encontra em colisão com outro princípio material.[304]

O modelo misto seria capaz de solucionar uma séria inconsistência do modelo substantivo-formal puro, qual seja, possibilitar que autoridades tomassem decisões sem apoio em nenhum princípio material, tendo apenas por base o princípio formal que sustentaria sua competência institucional. Se aplicássemos o modelo puro, interferências em direitos fundamentais que não buscam promover ou satisfazer nenhum direito material poderiam ser autorizadas pelo argumento de que o princípio formal deveria ser promovido

[303] Martin Borowski, "The Structure of Formal Principles—Robert Alexy's Law of Combination", p. 34.
[304] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 625.

per se. Tais situações poderiam originar decisões não apenas desproporcionais, mas arbitrárias por parte da autoridade que deve ter sua decisão respeitada *prima facie*.[305]

Ao longo de muitos anos Alexy sustentou ser o modelo misto a moldura conceitual que mais bem solucionava conflitos entre princípios formais e materiais. Recentemente, Alexy alterou sua posição em defesa do modelo misto e passou a estender a tal conceito críticas análogas às desenvolvidas contra o modelo puro. Para Alexy, nos sopesamentos em que princípios formais figurassem ao lado de princípios materiais - alterando o balanço de razões na colisão com outros princípios materiais - haveria o risco de que esta adição de peso ao princípio material protegido implicasse resultados desproporcionais.

Imagine uma lei ordinária que interfira com intensidade séria no princípio material da privacidade e que satisfaça com intensidade moderada o princípio material da segurança pública. Esta colisão, sem a influência do princípio formal, teria como resultado a inconstitucionalidade da referida lei, pois haveria a precedência do princípio da privacidade sobre a proteção à segurança. Caso o princípio formal da liberdade do legislador (princípio democrático) ingressasse na equação, o grau de sua satisfação no caso poderia ser avaliado como sério. O resultado seria que, a partir da constelação de colisões representadas pelo modelo misto, uma lei antes considerada inconstitucional poderia ser declarada constitucional. Para Alexy, este resultado retiraria a primazia da constituição em favor da primazia da legislação:

> Isto transformaria a decisão inconstitucional numa decisão constitucional. Se isto possível, seriam permitidas interferências desproporcionais nos direitos fundamentais pelo fato de o legislador democraticamente legitimado poder tomar mais decisões nos casos para os quais é competente do que quando não o é. Tal como no caso do modelo puro formal-substantivo, isto minaria a prioridade da Constituição sobre a legislação parlamentar ordinária.[306]

5.2.2 Modelos de sopesamento de dois níveis

5.2.2.1 Modelo epistêmico

[305] Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics", p. 518.

[306] "This would transform the unconstitutional decision into a constitutional one. If this were possible, disproportional interferences with constitutional rights would be permissible, for the reason that the democratically legitimated legislature can take more decisions when it is permitted to take this decision than when it is not. As in the case of the pure formal-substantive model, this would undermine the priority of the constitution over ordinary parliamentary legislation" Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics", p. 519.

Para corrigir as supostas inconsistências do modelo combinado, Alexy propôs o denominado modelo epistêmico. O modelo epistêmico se escora na ideia de *sopesamento de segunda ordem*. O sopesamento normalmente operado pela fórmula do peso entre princípios materiais é denominado *sopesamento de primeira ordem*. Segundo Alexy, um sopesamento de segunda ordem seria necessário para definir o peso das variáveis epistêmicas que devem figurar no sopesamento de primeira ordem. Ou seja, é como se para definir os pesos das variáveis grifadas abaixo fosse necessário recorrer a um segundo sopesamento:

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; \boldsymbol{E_i^n} \; x \; \boldsymbol{E_i^e}}{I_j \; x \; A_j \; x \; \boldsymbol{E_j^n} \; x \; \boldsymbol{E_j^e}}$$

Em um sopesamento de segunda ordem, o princípio material envolvido colide com o princípio formal em disputa. O sopesamento de segunda ordem do modelo epistêmico é, pois, semelhante a um sopesamento do modelo substantivo-formal puro; a diferença é que ele se dá dentro de um meta nível da fórmula do peso.

O resultado desse sopesamento será, por sua vez, incorporado às variáveis epistêmicas dentro da fórmula do peso que representa o sopesamento de primeira ordem entre os princípios materiais em disputa. Mas por que a necessidade de recorrer ao sopesamento de segunda ordem para alterar as variáveis epistêmicas da fórmula do peso? E por que a força dos princípios formais é expressa necessariamente dentro da variável epistêmica?

Segundo Alexy, a otimização de direitos fundamentais reclama não apenas uma otimização substantiva, mas também epistêmica. Para ele, direitos fundamentais requerem a maior realização possível dentro das condições epistêmicas do caso. Para garantir essa otimização, é essencial que direitos fundamentais só possam ser restringidos a partir de intervenções com premissas fáticas e jurídicas epistemicamente confiáveis. Isso parece óbvio, pois permitir que toda e qualquer decisão do Legislativo conformadora de direitos fundamentais vicejasse traria o risco de intervenções em direitos fundamentais sem qualquer base epistêmica, o que eliminaria a força vinculante da constituição sobre o Legislativo. Ocorre que, se essa afirmação fosse acatada de forma absoluta, o Legislativo ficaria de mãos atadas na sua capacidade de conformar direitos fundamentais, haja em conta que muitas das discussões sobre restrições a direitos fundamentais envolvem incertezas epistêmicas.

O caso julgado pelo TCF sobre a constitucionalidade da lei que criminaliza o uso da *cannabis*, já mencionado no capítulo anterior, nos auxilia a compreender o problema. O

problema central do caso seria discutir quais riscos ao direito fundamental à saúde pública e à ordem social estão relacionados ao uso da *cannabis* e por quais medidas estes riscos podem ser legitimamente combatidos. Ao criminalizar o uso, o legislador compreendeu que os riscos à saúde e a sociedade seriam altos e que a criminalização seria o único meio adequado de satisfazer tais direitos.

Quem contestou a lei no TCF argumentou que os riscos indicados pelo legislador inexistiam ou seriam, no máximo, moderados. Ao decidir o caso, o TCF sustentou não a falsidade das premissas epistemológicas que sustentavam a interferência no direito fundamental liberdade dos indivíduos, mas sim a incerteza quanto à correção das premissas epistêmicas que fundamentavam a intervenção. Ou seja, diante da incerteza epistêmica, a discricionariedade prevaleceria e a lei penal deveria ser mantida. O TCF entendeu que, diante de incertezas epistêmicas relacionadas aos riscos que o uso da *cannabis* representa, o legislador possuiria liberdade para intervir no direito fundamental à liberdade dos indivíduos em face do princípio formal democrático.

Em uma crítica à posição do TCF no caso, Alexy argumenta que considerar tal resultado como adequado equivaleria a permitir que o legislador interviesse em direitos fundamentais mesmo diante de premissas epistêmicas que podem ser falsas.[307] A solução de meio termo proposta por Alexy para garantir esta otimização epistêmica do direito fundamental é fazer com que o princípio material que busca ser satisfeito com determinada intervenção colida com o princípio formal do legislador democraticamente eleito. Ou seja, é a inserção dos princípios formais no sopesamento de segunda ordem que permitirá a definição do peso da variável epistêmica no sopesamento de primeira ordem:

> Se o valor epistémico de uma premissa empírica é "confiável" ou "certa", o princípio material para o qual esta classificação é favorável tem precedência sobre o princípio formal. Isto implica que o número, ou seja, 1, tem de ser inserido na fórmula, o que significa que o resultado substantivo do lado do direito fundamental não é influenciado por quaisquer considerações epistêmicas relacionadas ao princípio formal. Se, contudo, o valor epistêmico for apenas "plausível" ou mesmo "não evidentemente falso", o princípio formal tem precedência no sopesamento de segunda ordem sobre o princípio material o qual, tomado isoladamente, requer o valor "confiável" ou "certo" em casos de interferência. Contudo, esta precedência não determina, como tal, o peso concreto (Pi,j) do princípio material colidente. Este peso concreto é determinado por todas as oito variáveis da fórmula do peso refinada.[308]

---

[307] Robert Alexy, "Formal principles: Some replies to critics", p. 522.

[308] If the epistemic value of an empirical assumption is "reliable" or "certain" (*r*), the constitutional rights principle for which this classification is favorable has precedence over the formal principle. This implies that the number, that is, 1, has to be inserted into the formula, which means that the substantive result on the side of the constitutional right is not at all influenced by any formal or procedural considerations as required by formal principles. If, however, the epistemic value is only "plausible" (*p*) or even "not evidently false" (*e*), the formal

Por esta construção, se um princípio formal possui precedência em relação a um princípio material dentro do sopesamento de segunda ordem, a variável epistêmica que influencia o peso da satisfação deste princípio material será inferior a 1 dentro do sopesamento de primeira ordem. Ou seja, o princípio formal atua como um atenuador do peso do princípio material, tornando sua força dentro do sopesamento de primeira ordem mais fraca.[309] Perceba-se que tal função é diversa daquela que os princípios formais desempenham no modelo misto, já que naquele os princípios formais funcionam como intensificadores dos princípios materiais com os quais colaboram, adicionando peso ao valor original. Se a dimensão epistêmica dos princípios materiais demanda que o legislador esteja *prima facie* proibido de realizar interferências em direitos fundamentais baseadas em premissas empíricas incertas, a presença do princípio formal democrático na colisão garantiria exatamente esta autoridade ao legislador.[310]

A principal utilidade do modelo epistêmico seria, pois, demandar justificações para intervenções do Legislativo em direitos fundamentais diante de premissas epistêmicas incertas. Esta demanda por justificação seria mais eficiente em controlar a força que o princípio formal exerceria dentro de sopesamentos de primeira ordem. É dizer, o princípio material de primeira ordem que estaria "protegido" pelo princípio formal teria sua força dependente da confiabilidade epistêmica das premissas da intervenção.[311]

Wang problematiza o modelo epistêmico de Alexy, indicando que as progressões que ele realizou para acomodar as tensões entre o Legislativo e a jurisdição constitucional findam por tornar tal modelo impróprio para construir uma teoria geral sobre os princípios formais.[312]

Em primeiro lugar, Wang diferencia a necessidade de acomodar a existência de situações de incerteza dentro da fórmula do sopesamento da escolha por qual autoridade ou qual decisão autoritativa deve ser seguida em casos de incerteza epistêmica. Para ele, o problema do modelo epistêmico de Alexy se relaciona com a localização da incerteza

---

principle has precedence in second-order balancing over the substantive principle, which, taken in isolation, requires the value “reliable” or “certain” (*r*) in cases of interference. However, this precedence does not, as such, determine the concrete weight (*Wi,j*) of the colliding substantive principle. This concrete weight is determined by all eight variables of the refined weight formula. Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, p. 522.

[309] Peng-Hsiang Wang, “Formal principles as second order reasons”, p. 11.

[310] Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 615.

[311] Peng-Hsiang Wang, “Formal principles as second order reasons”, p. 8.

[312] Peng-Hsiang Wang, “Formal principles as second order reasons”, p. 9.

epistêmica dentro do sopesamento entre princípios e a consequente relação entre incerteza epistêmica e princípios formais. Wang sustenta que a incerteza epistêmica se situa conceitualmente e ontologicamente em um momento anterior à avaliação da precedência entre o princípio material e o princípio formal. Ao contrário do modelo de Alexy, a qualificação da incerteza não depende do princípio formal, sendo anterior à ação dos princípios formais, ou seja, mesmo diante da inexistência de um princípio formal que incline determinado procedimento decisório no sentido de alguma autoridade, ainda se pode afirmar a existência de incerteza para resolver determinada questão jurídica. A fórmula do peso, neste sentido, não serviria para dar conta da definição de qual autoridade deve ser seguida em situações de incerteza, sendo neutra a este respeito.[313]

O segundo problema do modelo epistêmico apontado por Wang é a sua incapacidade de compreender o caráter autoritativo das decisões protegidas por princípios formais. Se no modelo misto os princípios formais atuam como intensificadores da força dos princípios materiais, no modelo epistêmico o princípio formal é apenas capaz de atenuar o valor do peso do princípio material com o qual colide.

Wang conclui que a perspectiva de Alexy sobre os princípios formais está correta na medida que ele define tal categoria como uma demanda por deferência à decisão de alguma autoridade nos casos em que as relações de precedência entre princípios materiais estão envoltas por incerteza. No entanto, seu modelo epistêmico falha ao não esclarecer dois pontos essenciais: a) explicar normativamente por que razão deve-se respeitar uma decisão autoritativa em casos de incerteza; e b) esclarecer conceitualmente de qual maneira princípios formais afetam a avaliação do peso de princípios materiais de modo a dar conta do caráter autoritativo de determinadas decisões institucionais.

5.2.2.2 Modelo da concordância prática

Mathias Klatt desenvolve o modelo da concordância prática entre princípios formais. O modelo da concordância prática também está estruturado em dois níveis, ou seja, recorre a dois sopesamentos para resolver o dilema jurídico que envolve a relação entre princípios

[313] "As a formal structure of balancing, it [the weight formula] does not tell us who has the decision-taking competence on matters of epistemic uncertainty, nor does it tell us to whose judgment we should defer in the face of epistemic uncertainty. In fact, the weight formula is neutral with respect to the division of the decision-taking competences; it is even compatible with non-deference to any authority. Anyone who has to strike a balance under conditions of uncertainty can rely on his own empirical or normative assumptions and employ the complete weight formula to reach his decision without surrendering his judgment to an epistemic or practical authority" Peng-Hsiang Wang, "Formal principles as second order reasons", p. 10.

materiais e princípios formais. Klatt busca com seu modelo uma teoria normativa que racionalize conflitos de competências entre autoridades. Uma competência é a habilidade de criar normas ou efeitos jurídicos de acordo com outras normas que enunciam esta própria habilidade.[314] Conflito de competências são frequentes porque autoridades constantemente se enxergam como legitimadas para definir os limites de suas próprias competências. Pressupondo que conflitos de competência possuem normalmente a mesma estrutura, seja entre jurisdição constitucional e Legislativo, entre Executivos estaduais e federal ou mesmo entre cortes constitucionais e jurisdições internacionais, Klatt reconstrói a ideia de competências enquanto princípios formais.[315]

O autor afirma que regular conflitos de competência equivale a estabelecer concordâncias práticas institucionais, ou seja, nenhuma das competências em conflito é abolida, mas elas se relacionam de forma a realizar em maior grau uma das competências em desfavor da outra. Para realizar essa concordância, Klatt estabelecerá que competências devem ser balanceadas; para serem balanceadas, no entanto, competências devem ser compreendidas como princípios. É neste sentido que Klatt indicará que competências são princípios formais e que só um sopesamento pode definir o grau de realização de cada uma das competências em jogo.[316]

Ao conceituar conflitos de competência, ele os caracteriza como um tipo de conflito formal, ou seja, um disputa sobre quem tem mais habilidade para tomar determinada decisão substancial.[317] Conflitos de natureza formal se diferenciam de conflitos de natureza material. Estes últimos ocorrem quando cortes diferentes interpretam a mesma norma jurídica de maneira diferente, ou seja, conflitos materiais ocorrem quando duas autoridades jurídicas afirmam proteger o mesmo direito fundamental mas interpretam tal direito de forma diferente quando em colisão com outros direitos fundamentais conflitantes.

A alternativa de Klatt para solucionar os conflitos de competência entre autoridades será reconstruir a questão como uma disputa entre dois princípios formais, ou seja, entre duas autoridades. Esta disputa deverá indicar qual das duas competências possui mais habilidades para solucionar o conflito de direitos materiais em questão. O modelo da concordância, no entanto, distingue totalmente o nível em que ocorrem as colisões entre

---

[314] Alf Ross, *Directives and Norms,* London: Routledge, 1968.
[315] Mathias Klatt, "Balancing competences", 195
[316] Mathias Klatt, "Balancing competences", p.207.
[317] Um elemento complexificador dessa distinção, contudo, é que uma decisão sobre questões substanciais normalmente é, ao mesmo tempo, uma decisão sobre a determinação dos limites de alguma competência. O caso do conflito entre a jurisdição constitucional e o legislador ilustra bem este ponto. Mathias Klatt, "Balancing competences", p.199.

princípios materiais e o nível formal no qual se dá as disputas entre as autoridades que realizam sopesamentos materiais divergentes sobre direitos fundamentais.[318] É dizer, embora o modelo de Klatt possua dois níveis, ele não coloca um princípio material em conflito com um princípio formal em um sopesamento de segunda ordem, como faz Alexy, mas sim separa em níveis diferentes os conflitos materiais dos conflitos formais.[319]

Para Klatt, as soluções jurídicas para conflitos de competência podem ser de dois tipos: rígidas ou flexíveis. As soluções rígidas estabelecem uma ordem de precedência incondicional de uma das competências das autoridades envolvidas frente a outra. O conflito de competência entre as instâncias inferiores e o STF a respeito da interpretação da Constituição, por exemplo, é solucionado de forma rígida: há uma absoluta precedência da interpretação do STF sobre a interpretação das instâncias inferiores. Este tipo de precedência tem muitas vezes origem hierárquica, ou seja, a própria divisão institucional das competências coloca uma corte acima da outra no quadro de poderes decisórios de um sistema jurídico. Klatt indica que soluções rígidas são inadequadas para resolver conflitos institucionais em que a relação entre competências não é marcada pela hierarquia ou por divisões formais estanques, mas sim pela necessidade de coordenação.

Para demonstrar como sua teoria geral sobre conflitos de competências funciona, Klatt trabalha com o sistema multinível de proteção de direitos fundamentais na Europa.[320] Neste sistema multinível, a relação entre as competências das cortes nacionais dos estados membros e das cortes internacionais não seria bem explicada por meio de uma relação de hierarquia, mas sim pelo conceito de primazia. A primazia de uma competência em relação a outra não supõe uma definição institucional estanque sobre qual a autoridade competente para decidir uma questão, permitindo que relações de precedência condicionadas solucionem o embate. A autoridade de uma corte sobre a outra não é colocada de forma binária, mas sim a partir de graus.[321]

A inadequação das soluções jurídicas rígidas leva Klatt a propor um modelo de soluções jurídicas flexíveis para resolver conflitos de competências. O modelo flexível

---

[318] Klatt indica que o modelo de separação entre dois níveis é importante pois toda a autoridade está de alguma forma subordinada à substância dos direitos fundamentais. Ou seja, assim como é função do legislador interpretar e conformar direitos fundamentais a partir de constituições, também é esta a função da jurisdição constitucional. Esta subordinação estaria comprometida caso disputas entre autoridades influenciassem diretamente os sopesamentos entre princípios materiais, com a possibilidade de que decisões consideradas inconstitucionais sem a influência do elemento da autoridade passassem a ser constitucionais com a entrada deste elemento no modelo. Mathias Klatt, "Balancing competences", p. 198.

[319] Matthias Klatt, "Judicial review and institutional balance" (2019) < disponível em http://journals.openedition.org/revus/5180, último acesso em 30.11.19.>.

[320] Mathias Klatt, "Balancing competences", 197-197.

[321] Mathias Klatt, "Balancing competences", 210.

apresenta o sopesamento de competências como princípios formais. Ao final do sopesamento, uma relação de precedência de uma das duas competências é encontrada. Essa resposta tem uma natureza jurídica, não política, pois é produto da aplicação de duas normas jurídicas válidas – dois princípios formais que estabelecem competências. A principal contribuição deste modelo normativo é a possibilidade de regular a relação jurídica entre as duas competências por princípios jurídicos, ou seja, a escolha entre duas decisões materiais a respeito da interpretação de uma mesma norma jurídica também é uma escolha que deve ser justificada juridicamente.[322]

O sopesamento de Klatt possui três passos: i) o primeiro passo é estabelecer o grau de não satisfação de uma primeira competência; ii) o segundo é estabelecer o grau de importância da satisfação de uma competência conflitante; iii) o último passo consiste em estabelecer se a importância de satisfazer a competência conflitante justifica a não satisfação da primeira competência.[323] Uma escala triádica (leve, moderada e séria) é utilizada para representar o peso das competências balanceadas e assim auxiliar a determinar o peso concreto de cada competência. Pelo modelo, se o grau de não satisfação da competência de uma corte internacional para definir uma questão jurídica é sério e a importância de satisfazer a competência de uma corte nacional é leve, aquela corte tem precedência sobre esta.

Assim estruturada, Klatt consegue desenhar a lógica de justificação interna de seu modelo de sopesamento entre princípios formais. Qualquer conflito entre autoridades que siga este modelo terá uma solução internamente justificada nos termos da estrutura do sopesamento proposta. Passo importante para Klatt, contudo, é justificar a sua teoria normativa do ponto de vista externo, ou seja, definir quais são os critérios para atribuir o peso de sério, moderado ou leve para a satisfação ou não satisfação de uma autoridade. A fim de se desincumbir de tal tarefa, Klatt sustenta que o peso concreto de uma autoridade dependerá da análise de diversos critérios ou fatores de ponderação (*weigthing rules*). A legitimidade democrática da autoridade, a importância do princípio material em jogo, a qualidade argumentativa da decisão e outros fatores devem ser analisados no sopesamento para definir o peso concreto de cada autoridade no conflito.[324]

---

[322] Mathias Klatt, "Balancing competences", p.208.
[323] Mathias Klatt, "Balancing competences", p.213.
[324] Embora não seja essencial ao interesse de tese explorar cada um dos fatores de ponderação propostos por Klatt, haja em conta que eles estão voltados a solucionar conflitos entre as cortes nacionais dos estados membros e as cortes internacionais europeias, cabe mencionar os cinco critérios estabelecidos pelo modelo da concordância prática para definir o peso de cada competência sopesada. O primeiro é o fator da legitimidade democrática da autoridade, pelo qual quanto maior for a legitimidade democrática de determinada autoridade, mais importante é que esta seja respeitada. O segundo é a importância do princípio material em jogo. Quanto

5.3 SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS FORMAIS E MATERIAIS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Como o instrumental teórico fornecido pelas discussões sobre o sopesamento entre princípios formais e princípios materiais pode auxiliar esta investigação em sua intenção de controlar racionalmente as discussões sobre superação de precedentes?

Compreendo que o sopesamento é uma estrutura argumentativa capaz de orientar racionalmente intérpretes em duas tarefas essenciais. A primeira é avaliar o peso de precedentes na medida em que seus conteúdos estejam mais ou menos inseridos no espaço da discricionariedade epistêmica concedida pela constituição. Esta forma de atribuição de peso implica que a força vinculante do precedente dependerá do grau em que o seu conteúdo é avaliado como mais ou menos permitido pela constituição, considerando contextos permeados de incertezas empíricas e normativas. A segunda é definir como esta força vinculante dos precedentes influencia a forma como as cortes do presente interpretam a constituição nos casos em que rediscutem problemas previamente solucionados.

Iniciarei a aplicação das ferramentas analíticas da teoria dos princípios desenvolvendo marcadores de incerteza empírica e normativa que servirão para avaliar em que medida o conteúdo de precedentes é permitido ou não por constituições. O tópico 5.3.1, portanto, cuidará do âmbito de justificação externa do meu modelo, apresentando como o peso que reflete em que medida um precedente é permitido pela constituição deve ser avaliado. Após discorrer sobre quais variáveis devem ser avaliadas para encontrar o peso dos precedentes, passarei a descrever de que forma precedentes – na qualidade de princípios formais - devem ser integrados ao sopesamento de princípios materiais que cortes do presente realizam ao rediscutir casos anteriormente analisados por cortes do passado.

5.3.1 Como determinar o peso dos precedentes constitucionais: marcadores de incertezas empíricas e normativas

---

maior for a intervenção no princípio material em jogo, menor é a competência da autoridade para decidir de forma autônoma (sem controle) sobre determinada intervenção. O terceiro fator é a qualidade da decisão, pelo qual quanto maior for a qualidade argumentativa da decisão, mais autoridade a instituição possui para proferi-la. O quarto fator é a subsidiariedade. Quanto mais certa autoridade é protegida pelo princípio da subsidiariedade, mas peso deve ser assinalado a sua competência e mais séria uma interferência nesta competência será. Por fim, o último fator é a evasão razoável, quanto mais fácil for um interessado obter proteção jurídica por outros meios, menor será a autoridade da decisão. Mathias Klatt, "Balancing competences", p.220-223.

Determinar o peso da autoridade de precedentes vai depender, em um primeiro passo, de avaliar em que medida a decisão do passado se insere ou não no âmbito da discricionariedade judicial que cortes possuem frente à constituição. O peso do princípio formal que o precedente representa deve, pois, refletir em que medida a posição estabelecida pelo precedente é ou não permitida pela constituição.

Minha proposta pretende classificar em três níveis os graus de permissão que a constituição confere a uma interpretação em seu âmbito de discricionariedade. O precedente pode representar uma interpretação *certamente autorizada pela constituição*, quando há um alto nível de certeza de que a posição anterior não é proibida pelo texto constitucional. Pode também representar uma interpretação *plausivelmente autorizada pela constituição*, quando há dúvida moderada de que determinada interpretação é proibida pela constituição. Por fim, a posição do precedente pode ser *não evidentemente proibido pela constituição*, quando há indícios razoáveis de que a interpretação do precedente é proibida.[325]

Classificar precedentes dentro de cada uma dessas classes dependerá da análise de elementos que servem como marcadores das incertezas empírica e normativa que rodeiam a interpretação estabelecida pela posição anterior. No plano da justificação externa para atribuição dos pesos concretos aos precedentes enquanto princípios formais, a proposta aqui avançada se aproxima da estratégia desenvolvida pelo modelo da concordância prática de Klatt. Assim como Klatt define o peso concreto de uma competência por meio da análise de fatores de ponderação, irei definir se um precedente é *certamente autorizado*, *plausivelmente autorizado* ou *não evidentemente proibido* pela avaliação de certos marcadores. O peso do princípio formal que expressa a autoridade do precedente não será, pois, encontrado a partir de um equação ou de uma multiplicação de variáveis. Cabe, então, começar a desenhar quais marcadores devem ser avaliados pelas cortes do presente para determinar em que medida precedentes são ou não permitidos pela constituição.

Proponho a necessidade da análise de seis marcadores: i) a aderência da tese do precedente na corte que o estabeleceu; ii) o consenso institucional em volta da tese do precedente; iii) a operacionalidade da tese do precedente; iv) a conformidade dos demais poderes à tese do precedente; v) grau de densidade do texto constitucional que delineia os

[325] O valor numérico atribuído a cada um dos níveis desta escala triádica será tratado à frente, quando discutirei em qual estrutura formal de sopesamento tais pesos devem ser inseridos.

direitos fundamentais discutidos na tese ; vi) existência de normas infraconstitucionais não contestadas que conformam os direitos fundamentais discutidos no precedente;

A ideia de analisar estes marcadores é mensurar as incertezas epistêmicas - empíricas e normativas - por duas perspectivas. Em primeiro lugar, averigua-se em que medida um olhar em perspectiva da instituição que pretende superar o precedente pode fornecer indícios de que a posição jurídica anterior é mais ou menos permitida pela constituição. A premissa aqui é de que as diversas formas pelas quais a instituição interagiu com o precedente podem fornecer indícios de sua inserção dentro do espaço da discricionariedade judicial. Esta perspectiva é abraçada principalmente pelos marcadores *i, ii, iii* e *iv.* Em segundo lugar, alguns marcadores tomam como objeto de análise a estrutura normativa do direito fundamental em si, particularmente no que diz respeito às possibilidades de restrições ou regulações que os contornos textuais de cada direito fundamental concede às cortes, seja pelo texto da constituição ou pelo texto legal. Os marcadores *v* e *vi* se inserem nesta perspectiva. Passo a seguir a aprofundar o conteúdo de cada um dos marcadores.

Analisar a aderência da tese do precedente na corte em que ela foi estabelecida é importante para averiguar se a decisão anterior foi forjada sob consenso ou sob dissenso decisório. Quanto maior for o nível de consenso acerca da tese veiculada no precedente, maior a probabilidade de que ela seja permitida pela constituição. Se levarmos em conta a composição do STF, por exemplo, precedentes estabelecidos de forma unânime tendem a possuir um maior peso do que os estabelecidos em votações por 6 a 5.

A análise da adesão da corte do passado à interpretação veiculada pelo precedente deve ser feita, em princípio, tendo como objeto a decisão única que inaugurou determinada posição jurídica. Não é incomum, no entanto, que uma tese jurídica estabelecida por unanimidade por um precedente venha, quando rediscutida posteriormente, a ser mantida por uma margem decisória menor. A chancela de uma corte posterior à corte que estabeleceu o precedente, ainda que por uma margem menor, mais fortalece do que enfraquece o peso do precedente. Entendo que a eventual modificação do perfil da maioria decisória por ocasião da rediscussão de precedentes não enfraquece a avaliação de que uma interpretação é autorizada pela constituição. Neste sentido, quanto mais vezes a tese estabelecida por um precedente for mantida em rediscussões posteriores do mesmo órgão, ainda que por margens decisórias variadas, maior será a probabilidade de que esta tese seja permitida pela constituição.

É importante sublinhar que o incremento do peso de um precedente em razão de sua manutenção só ocorre quando a rediscussão for realizada pelo mesmo órgão que proferiu a

decisão inaugural. O fato de órgãos hierarquicamente inferiores manterem um precedente não deve ser uma razão para o incremento de seu peso. Nestas situações, a aplicação vertical poderá ocorrer de forma totalmente apartada da análise do conteúdo decisório do precedente. Isto vale inclusive para as hipóteses em que órgãos fracionários de uma corte constitucional aplicam decisões estabelecidas por órgãos plenos. Situação diferente se dá quando estes mesmos órgãos fracionários não aplicam ou mesmo se rebelam contra interpretações estabelecidas pelos órgãos plenários.

Já ingressando na análise do segundo marcador proposto, entendo que quanto maior for o dissenso institucional a respeito da posição estabelecida pelo precedente dentro de determinada instituição (entendida aqui como a soma de todos os seus órgãos), menor a probabilidade de que a decisão do passado seja permitida pela constituição. O dissenso ou consenso institucional é medido pela adesão que órgãos fracionários de cortes constitucionais manifestam em relação ao precedente ao julgar casos posteriores em que a mesma questão jurídica emerge. Podem ser classificados como órgãos fracionários desde frações colegiadas como turmas, câmaras ou senados, a órgãos decisórios individuais, como uma ministra que decide monocraticamente. A contestação a um precedente advindo de um órgão com uma composição maior representará, por óbvio, uma maior diminuição no nível de certeza de que a intepretação anterior é permitida pelo texto constitucional.

O terceiro marcador discute a operacionalidade das decisões anteriores. O critério da operacionalidade já foi exposto com detalhes quando a tese discutiu e exemplificou o que seriam incertezas empíricas no capítulo 3. A operacionalidade de precedentes pode ser aferível por aspectos como a cognoscibilidade dos fundamentos e da conclusão presente nas decisões anteriores ou a adesão que este posicionamento angariou em órgãos inferiores. Quando as razões de decidir ou a conclusão de precedentes são ininteligíveis ou de difícil decifração, avaliar se o precedente é algo permitido ou não pela constituição torna-se um esforço de improvável sucesso. Precedentes dos quais se extraem muitas interpretações ou posições jurídicas distintas e conflitantes tendem a ser classificados como de constitucionalidade não evidente. O peso do precedente também tende a esmaecer caso cortes inferiores não adiram à posição jurídica estabelecida. Aqui não devem ser consideradas insurreições isoladas a determinado entendimento, mas sim um movimento relevante de não aplicação da decisão de uma corte superior.

O quarto marcador discute a conformidade dos demais poderes democráticos ao precedente estabelecido pela corte constitucional. Se Executivo e Legislativo realizam

movimentos institucionais para derrogar a posição jurídica estabelecida pelo precedente ou mesmo diminuir sua força normativa, a probabilidade de que esta interpretação seja proscrita pela constituição é maior. Este marcador parte da premissa que o Judiciário não é o único poder que conforma o conteúdo da constituição. Embora seja seu dever funcional interpretar o texto constitucional, este dever é concretizado a partir de uma contínua interação com os outros poderes constituídos. A premissa é que a avaliação dos demais poderes sobre as teses jurídicas forjadas pelas cortes constitucionais pode fornecer indícios sobre a constitucionalidade ou não destas próprias teses.

O quinto marcador avalia o grau de densidade com que constituições tratam direitos fundamentais. Esta densidade é aferível pela análise do próprio texto constitucional. Normas de direito fundamental em regra possuem uma estrutura principiológica, ou seja, são mandados a serem otimizados e por isso não possuem seus conteúdos definidos de forma absoluta pela própria constituição. Como lembra Bustamante, normas principiológicas possuem um incontornável caráter de indeterminação.[326] O grau de indeterminação da norma principiológica varia, contudo, de acordo com os contornos que definem o direito fundamental. Taruffo sustenta que a generalidade e a abertura de normas constitucionais demanda que elas sejam conformadas não apenas pelo Legislador, mas também pelo Judiciário, por meio dos precedentes.[327]

Há direitos que são enunciados por constituições de forma genérica, com conteúdo abstrato. É o caso da garantia da propriedade prevista no art. 5º, XXII da Constituição Federal. A delimitação do conteúdo destes direitos dependerá da regulação infraconstitucional ou jurisprudencial de seu conteúdo, a ser realizada de maneira justificada e fundamentada. Já outros direitos fundamentais possuem seus contornos mais bem desenhados pelo texto constitucional: são os casos do direito de reunião (art. 5º, XVI) e do direito ao sigilo de comunicações (art. 5º, XII).

A diferenciação na maneira pela qual uma constituição delimita a área de proteção de determinado direito fundamental é importante para avaliar se uma determinada interpretação de direito fundamental é ou não permitida pela constituição. Quanto menos um direito fundamental depender da configuração infraconstitucional de sua área de proteção – seja pela via legislativa ou pela via jurisprudencial – maior será a probabilidade de que os precedentes que regulem, restrinjam ou conformem tais direitos não sejam permitidos pela

[326] Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do precedente judicial*, p.312.
[327] Michele Taruffo, "Institutional Factors Influencing Precedents, in Interpreting precedents", p.459

constituição.[328] Por outro lado, quanto mais abstrato ou genérico for o texto constitucional que contorne determinado direito, maior será a chance que a interpretação estabelecida pelo precedente seja permitida pela constituição.

O último marcador em certa medida se relaciona com o anterior, na medida em que trata da dimensão da regulação ou restrição de direitos fundamentais. Caso existam leis que regulem e com isso restrinjam direitos fundamentais no mesmo sentido que o precedente está a restringir ou regular, é mais provável que a posição jurídica do precedente seja permitida pela constituição do que em situações nas quais não há qualquer indício legislativo de que determinado direito pode ser restringido ou regulado em certo sentido.

Imaginemos a situação na qual uma corte constitucional está a analisar a constitucionalidade de uma lei que proíbe a divulgação de qualquer tipo de mensagem em meios eletrônicos por uma pessoa que era parte do diálogo mas que não tem a autorização expressa do interlocutor com que se conversava. Se já há uma lei que proíbe a divulgação de imagens ou mensagens em meios virtuais que tenham caráter privado, em tese torna-se mais fácil defender que a lei agora a ser analisada é permitida pela Constituição

Essa avaliação só tem razão de ser, por óbvio, quando as regulações e as restrições conformadas pelo Legislativo não são elas próprias contestadas. No sentido oposto, caso leis ou normas que restrinjam direitos fundamentais no mesmo sentido que os precedentes já tiverem sido infirmadas por inconstitucionais, maior será a chance de que a posição do precedente seja proibida pela constituição.

Definir se um precedente é certamente autorizado, plausivelmente autorizado ou não evidentemente proibido por constituições dependerá da avaliação conjunta de todos os marcadores indicados, algo a ser construído argumentativamente pela corte do presente. A lista de fatores que podem expressar e demarcar o nível das incertezas empíricas e normativas não é exaustiva, sendo passível de ser ampliada. Caso novos fatores de ponderação sejam inseridos, o importante é que eles funcionem como meios de controlar o peso que cortes do presente concedem aos precedentes; cortes do presente não possuem total liberdade para avaliar qual será a força vinculante das decisões do passado, devendo atribuir esta força dentro dos contornos objetivos que os marcadores de incerteza lhe concedem.

5.3.2 Definindo o peso de precedentes constitucionais: análise de casos

[328] Dimitri Dimoulis; Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 145.

Aplicar os marcadores de incerteza empírica e normativa desenvolvidos no subtópico anterior a casos concretos do STF serve para testar a capacidade desta primeira dimensão do modelo normativo que eu estou propondo para racionalizar o processo decisório de superação de precedentes. Para realizar tal teste à tese analisarei o peso de três decisões do STF que rediscutiram precedentes anteriores.

O primeiro caso discutido será a já mencionada ADI 4797. Dentre outras questões controversas que não compreendiam superações de precedentes estabelecidos pelo STF, referida ação discutiu a constitucionalidade da exigência de autorização prévia das Assembleias Legislativas dos estados para a instauração de ação penal por crimes comuns praticados por Governadores. Desde o Recurso Extraordinário nº 153.968, o STF possuía jurisprudência no sentido de que a chamada "licença prévia" concedida pelas Assembleias Legislativas locais era constitucional.[329]A posição, que vicejava desde 1993, era sustentada principalmente a partir de uma leitura do princípio federativo, ou seja, a licença prévia seria uma expressão da autonomia institucional dos entes da federação para regular a forma de responsabilização dos chefes dos executivos locais.[330]

A tese, lançada pelo Ministro Roberto Barroso na ADI 4797, argumentava que seria vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionam a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa. A principal razão para a superação da tese até então vigente seria que tais normas macularíam de maneira desproporcional o princípio republicano presente na constituição. Com auxílio dos marcadores construídos acima, passo para verificar em que nível de certeza pode-se classificar a tese superada pela ADI 4797 como permitida pela Constituição de 1988.

---

[329] RE 153968, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1993, DJ 10-12-1993 PP-27100 EMENT VOL-01729-04 PP-0065.

[330] "Desse modo, se é certo que os Governadores de Estado são plenamente responsáveis por atos delituosos que eventualmente pratiquem no exercício de seu mandato, não é menos exato que a organização federativa do Estado brasileiro e a autonomia institucional dos Estados-membros desempenham um papel relevante na definição dos requisitos condicionadores da persecução penal que venha a ser instaurada contra os Chefes do Poder Executivo local.(...) A jurisprudência constitucional desta Suprema Corte, bem por isso, atenta ao princípio da Federação, qualificou a necessidade de prévio consentimento da Assembleia Legislativa local como requisito de procedibilidade para a válida instauração, em juízo, da "persecutio criminis" contra Governador de Estado.(...) Sob tal perspectiva institucional, o Supremo Tribunal Federal teve presente, para o efeito referido, um postulado essencial à configuração mesma da organização federativa, tal como esta se acha delineada no sistema constitucional vigente em nosso País. A ideia fundamental – que motivou essa orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal – traduz, na realidade, a consagração de um valor constitucional básico que informa e dá consistência à própria teoria da Federação: a autonomia institucional dos Estados-membros." ADI 4791, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015. (Voto do ministro Celso de Mello).

A análise da aderência da tese estabelecida pelo STF no RE 153.968 revela que o tribunal firmou a posição de que a licença prévia era permitida pela Constituição de 1988 de forma unânime, com os 11 ministros do plenário avaliando como constitucionais as normas estaduais que criavam condições para o processamento penal dos governadores por crimes comuns. Esta unanimidade viria a ser repetida no ano seguinte, quando o STF rediscutiu o tema no RE 159.230.[331] Em discussões mais recentes que debatiam a mesma questão, como foram os casos da ADI 4791[332] e das ADIs 4792 e 4800[333], julgadas em conjunto, o único voto em sentido contrário à tese era o do Ministro Marco Aurélio.

A análise do segundo marcador indica que o consenso decisório em torno da tese que a ADI 4797 veio a superar era alto. Não há ocorrências de decisões monocráticas ou de acórdãos de turmas contrárias à tese. Pelo contrário, os órgãos fracionários chancelavam o entendimento que o plenário seguia.[334]

A análise do terceiro marcador indica que a posição estabelecida em 1993 mostrou-se operacionalizável. Os tribunais de justiça estaduais e os juízes de instâncias inferiores cumpriam a regra precedental, que também possuía a virtude de não conceder margens para interpretações divergentes sobre o seu conteúdo. Ou seja, não havia dúvidas sobre os contornos substantivos da tese.

Os demais poderes também não apresentavam contestações às disposições estaduais, o que soa óbvio já que os Executivos estaduais inegavelmente se beneficiavam da condicionante imposta pela licença prévia, enquanto os Legislativos estaduais garantiam uma reserva de poder enorme para negociar com os governantes de momento. O movimento que recentemente trouxe as ADIs que rediscutiram o tema no STF, inclusive a ADI 4797, que proporcionou a viragem de jurisprudência, foi fruto de uma mobilização ampla da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, por meio de seu Conselho Federal, contestou diversas leis estaduais que garantiam a licença prévia. É dizer, embora houvesse um movimento orquestrado por um ator social importante da sociedade civil organizada, a OAB, a contestação às normas não encontrava qualquer ressonância nem nas demais instâncias do Judiciário nem em outros poderes.

---

[331] RE 159230, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1994.
[332] ADI 4791, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015.
[333] ADI 4792, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015.
[334] Como exemplo, tem-se o HC 80511, julgado pela segunda turma. HC 80511, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2001, DJ 14-09-2001 PP-00049 EMENT VOL-02043-02 PP-00294)

O quinto critério deve investigar a densidade normativa do direito fundamental que sustenta a tese do precedente. Como mencionei acima, o principal fundamento da posição anterior é o princípio federativo, ou seja, a licença prévia garantiria a autonomia dos entes federados ao condicionar o julgamento dos governadores por um tribunal federal – o STJ - à aprovação das assembleias estaduais. O princípio federativo é uma norma constitucional delineada de maneira multidimensional, com expressões que delimitam desde os conflitos de competência tributária entre os entes federativos, passando pela autonomia financeira e orçamentária de tais entes, até chegar a autonomia institucional. É um princípio que possui, pois, alta densidade normativa, o que faz com que as restrições ao seu conteúdo mereçam uma análise cuidadosa a fim de evitar que o texto constitucional seja sob alguma perspectiva maculado.

A norma precedental superada na ADI 4797, assim, promovia e concretizava um princípio que possui uma densidade normativa elevada. Esta interpretação superada foi acusada de afrontar o princípio republicano, outra norma de caráter constitucional. Este princípio, ao contrário, do federativo, possui uma baixa densidade no texto constitucional. Para além da citação de que a forma republicana é cláusula pétrea da Constituição, o texto constitucional não menciona expressamente este princípio em nenhuma outra passagem. O desenvolvimento de seu conteúdo vem sendo realizado quase que totalmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que não retira a constatação de que sua baixa densidade possibilita uma maior liberdade para conformar o que está ou não inserto na sua área de proteção. Restrições ao princípio republicano, como supostamente seria a interpretação até então vigente no STF sobre o instituto da licença prévia, possuem mais chance de serem consideradas constitucionais do que restrições ao princípio federativo, em razão daquele princípio ter uma densidade muito menor do que este.

Por fim, o último marcador indica que as constituições estaduais de praticamente todas as unidades da federação possuíam normas condicionando a instauração de ação penal por crime comum cometido por governador de estado à autorização prévia da respectiva assembleia estadual. Estas normas não sofreram contestação direta por ação do controle abstrato até as Ações Diretas protocoladas em bloco pelo Conselho Federal da OAB.

A análise dos marcadores parece apontar, de forma quase unânime, no sentido de que a posição que vinha sendo sustentada pelo STF de que a licença prévia seria constitucional é uma posição jurídica *certamente autorizada* pela Constituição Federal de 1988. A não ser pelo movimento liderado pela OAB contra as normas das Constituições Estaduais, não há

qualquer indício de que a posição do precedente representasse uma tese com alguma probabilidade de ser proibida pela Constituição de 1988.

O segundo caso a ser analisado é o julgamento conjunto das ADCs nº 43, 44 e 54, nas quais o STF derrogou a tese estabelecida três anos antes no HC nº 126.292, pela qual a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.[335] No julgamento das ADCs, a reversão da posição anterior deu lugar à prevalência da tese de que a execução provisória da sentença penal condenatória revela-se incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal. Submeter o HC nº 126.292 ao teste dos marcadores pode auxiliar a melhor avaliar o peso que este precedente possuía na corte no momento em que foi superado pelas ADCs.

O primeiro marcador indica que a decisão no HC se deu por um dissenso alto, com uma maioria de 7 a 4 sustentando a tese então vencedora. Meses depois do julgamento do HC a questão voltou a ser apreciada pelo tribunal, desta vez via plenário virtual, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246.[336] Desta vez, a maioria que sustentou a tese vencedora do HC ficou ainda mais estreita (6 a 4).[337]A diminuição da margem ocorreu pois o Ministro Dias Toffoli deixou de integrar a corrente majoritária ao passar a defender uma posição intermediária, segundo a qual a execução da pena deveria ser suspensa apenas com a pendência de Recurso Especial ao STJ, mas não de Recurso Extraordinário ao STF.

O segundo marcador aponta para a existência de dissenso institucional em volta da tese estabelecida pelo HC 126.292. Em decisão monocrática tomada logo após o julgamento do HC, o Ministro Celso de Mello impediu o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afirmando que o precedente, "embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e tribunais em geral".[338] Já em 2017, ano seguinte ao julgamento do HC 126.292, a segunda turma do STF concedeu diversos HCs para suspender o cumprimento

---

[335] HC 126292 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016.

[336] RE 964246 Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2016.

[337] A Ministra Rosa Weber, que havia se posicionado pelo lado da minoria no julgamento do HC 126.292, não se manifestou no julgamento do plenário virtual.

[338] Diego Werneck Argueles; Thomaz Pereira. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes. < disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/decisao-de-celso-de-mello-e-o-respeito-precedentes-stf-05072016 último acesso em 16 novembro de 2019.

de penas antes do trânsito em julgado autorizadas por sentenças que não fundamentavam especificamente a necessidade da prisão ou não avaliavam a possibilidade de cumprimento da pena em regime menos gravosos após recursos. [339]

Os dissensos institucionais constatados pelo segundo marcador possuem relação direta com a constatação de certas falhas na operacionalidade da decisão do HC 126.292, inclusive por membros do tribunal que formaram a maioria naquele caso. O Ministro Gilmar Mendes, que viria a ser o fiel da balança ao mudar de posição no julgamento das ADCs em 2019, já em 2017 revelava seu descontentamento com o fato de que as instâncias inferiores vinham aplicando de forma equivocada o precedente estabelecido em 2016. Para ele, a tese estabelecida pelo HC 126.292 foi no sentido de que se poderia autorizar a execução da pena após condenação em segunda instância caso atendidas determinadas condicionantes, mas as instâncias passaram a entender a imposição do cumprimento da pena como um imperativo.[340] O terceiro marcador revela indícios, pois, de que a operacionalidade do precedente apresenta falhas.

O quarto marcador não aponta movimentos relevantes dos demais poderes contra a posição estabelecida pelo STF em 2016. O que houve, já em 2019, foi a tentativa do governo recém empossado no Executivo Federal propor a alteração do Código de Processo Penal para dar contornos legislativos à decisão do STF que até então vigorava.[341] A proposta, que era parte de um pacote de alterações legais enviado ao Legislativo, foi retirada nas discussões na Câmara dos Deputados. Em resumo, pela análise do quarto marcador, a posição do STF não teve sua constitucionalidade contestada de forma relevante por nenhum dos outros poderes, sendo até mesma apoiada ou reforçada por iniciativas do Executivo Federal.

O quinto marcador deve verificar a densidade normativa dos princípios envolvidos na questão. Por um lado, o princípio da presunção de inocência, que sofre a intervenção com o conteúdo avançado pelo precedente, tem um tratamento detalhado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.[342] Há no julgamento do próprio HC 126.292 uma discussão relevante sobre se a referida norma teria natureza principiológica ou de regra. Por outro lado, o conteúdo do precedente pretende promover o princípio da efetividade da lei penal, em prol

---

[339] HC 147452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/09/2017; HC 136720 QO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/03/2018;

[340] STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena. Conjur. < disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>, último acesso em 16 novembro de 2019.

[341] Pacote Anticrime de Moro ponto a ponto. Congresso em Foco. < disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/pacote-anticrime-de-moro-ponto-a-ponto-veja-como-a-lei-e-hoje-e-o-que-pode-mudar/, último acesso em 17 de novembro de 2019.

[342] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Tal princípio possui inegável lastro constitucional, mas não tem seu conteúdo definido de forma detalhada. Nesse contexto, normas que conformam o conteúdo do princípio da efetividade da lei penal tendem a sofrer muito menos controle do que normas que delineiam o princípio da presunção da inocência, vez que este último é um direito fundamental com maior densidade normativa.

O último marcador indica a existência de leis infraconstitucionais que conformam o direito fundamental à presunção de inocência discutido no precedente. A conformação pelo Código de Processo Penal expressamente impõe que a regra é a liberdade em casos de condenações penais não transitadas em julgado, ou seja, o legislador explicitamente conforma o direito à presunção de inocência em sentido contrário ao conteúdo estabelecido pelo precedente. O artigo 283 do Código de Processo Penal, por sinal, não teve sua validade contestada no HC 126.292,[343] sendo inclusive tal norma que terá sua validade confirmada pelas ADCs que viriam a ser julgadas em 2019. Pode-se afirmar que o princípio da efetividade da lei penal, por outro lado, possui tratamento legislativo que reforça a posição do precedente. O mesmo Código de Processo Penal que coloca a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como exceção, também dispõe que o Recurso Extraordinário contra as condenações em segunda instância não possuem efeito suspensivo.[344] Este foi, inclusive, um dos argumentos mais presentes no voto da maioria formada no HC 126.282. Há, como se vê, posições legislativas contraditórias em relação ao conteúdo do precedente.

Analisar os marcadores da decisão do HC 126.292 revela-se uma tarefa algo mais complexa do que a avaliação da ADI 4797. Existem indicadores de que a posição estabelecida pela constituição seria certamente permitida (marcador *iv*), plausivelmente permitida (marcador *vi*) e uma preponderância de marcadores que revelariam uma constitucionalidade não evidente da posição do precedente (*i, ii, iii e v*). Embora o esforço argumentativo para classificar o precedente seja maior, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que o grau de certeza de que o precedente é permitido pela Constituição é, no caso, mínimo. É dizer, o mais adequado seria classificar o precedente como não *evidentemente* proibido pela Constituição.

---

[343] Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

[344] Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

O HC 126.292 não foi, contudo, a primeira oportunidade em que o STF rediscutiu a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O HC 126.292 representou, em verdade, a superação de uma posição jurídica que prevalecia na corte desde 2009, quando o tribunal, ao julgar o HC 84.078, decidiu que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Será o HC 84.078 de 2009 o último caso ao qual aplicarei os marcadores de incerteza que a minha proposta desenvolve, a fim de aferir em que medida a tese nele contida é permitida ou não pela interpretação Constituição de 1988.

O primeiro marcador indica que o STF também definiu a questão no HC 84.078 sob considerável dissenso. A maioria aqui encontrada é a mesma presente no HC 126.292: 7 a 4. O segundo marcador se comporta de maneira diferente. Entre 2009 e 2016 não existem decisões monocráticas ou de outros órgãos fracionários que apontem um movimento de contestação à posição que o HC 84.078 veiculava. Deve ser notado que a decisão de 2009, assim como a de 2016, foram tomadas a partir de ações concretas, o que implica que seus julgamentos não irradiariam, em tese, efeito vinculante nem para as demais instâncias nem para os órgãos do tribunal. O que ocorre, no entanto, é que embora a tese de 2009 pareça ter sido respeitada pelos demais integrantes do STF, a tese de 2016, como ressaltei, atravessou resistências na sua implementação.

Caminhando para o terceiro marcador, também não são encontrados indícios de que a decisão sofria de problemas na sua operacionalidade nas instâncias inferiores. A ementa da decisão de 2009 é clara em estabelecer que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação só pode ser estabelecida a título cautelar. Há menção expressa na ementa de que o art. 637 do CPP, que poderia permitir uma interpretação autorizativa do cumprimento provisório da pena, deve ser interpretado em conformidade com a Constituição de 1988. A decisão ainda se esforça em demonstrar que este posicionamento estava em coerência com a interpretação que o STF vinha desenvolvendo do princípio da presunção da inocência em outras ações.[345]

---

[345] “No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2° da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5o da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator - -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela

O quarto marcador expressa movimentos conflitantes no Congresso Nacional sobre a posição assentada em 2009. Na direção favorável à interpretação, o Congresso aprova, já em 2011, uma reforma penal que insere o já mencionado art. 283 no Código de Processo Penal. Ou seja, o Legislativo federal parece querer chancelar a posição do STF ao, através da reforma processual penal, dar contornos legislativos à decisão do HC 84.078. Por outro lado, é o mesmo Congresso que aprova, também em 2011, a Lei da Ficha Limpa. Esta legislação consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado para fins de inelegibilidade.

A análise do quinto marcador do HC 84.078 é semelhante àquela realizada para o HC 126.292, vez que os textos constitucionais subjacentes à discussão são os mesmos. Ou seja, há, de um lado, um princípio da presunção da inocência com alta densidade normativa, enquanto de outro se encontra o princípio da efetividade da lei penal com contornos constitucionais genéricos. A análise do último marcador é, no entanto, diversa da apurada na decisão de 2016. Em 2009 ainda não existia legislação processual penal que expressamente conformasse a impossibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal. Como vimos, tal mudança legislativa só veio em 2011. Por outro lado, vigia à época o art. 637 do CPP, que indicava que os recursos extraordinário e especial não eram dotados de efeito suspensivo. Esta norma parecia conformar o princípio da presunção da inocência de maneira a autorizar o cumprimento provisório da pena. O STF, no entanto, entendeu que este artigo deveria ser interpretado em conformidade com a Constituição.

O análise do conjunto dos marcadores do HC 84.079 parece ser ainda mais complexa do que as duas apurações anteriores. Enquanto os marcadores *ii*, *iii* e *v* parecem indicar que a tese do precedente seria certamente permitida pela Constituição, os marcadores *i* e *vi* direcionam no sentido de uma tese não evidentemente proibida. O marcador *iv* é de comportamento controverso, mas parece pelo menos indicar que a tese seria apenas plausivelmente permitida pela Constituição de 1988. Parece-me que classificar a tese como

---

Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas." HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

plausivelmente permitida é, inclusive, a melhor forma de avaliar a relação entre o precedente e a Constituição. Esta atribuição de força moderada parece ser capaz de captar as dificuldades que o precedente enfrentou para lidar com a reação dos poderes, com a própria postura do tribunal no momento de estabelecer a tese e com a legislação vigente ao tempo em que a tese fora fincada.

Considero que, após escrutinar estes três casos discutidos no STF, o capítulo pode começar a debater onde estes pesos serão inseridos dentro de uma estrutura formal de argumentação.

5.3.3 Como inserir precedentes constitucionais na estrutura formal do sopesamento?

Após apresentar os marcadores necessários à definição do peso de precedentes constitucionais, a sequência do capítulo cuidará de discutir como este peso deve ser inserido dentro da estrutura formal do sopesamento. O objetivo é testar quais dos modelos apresentados no subtópico 5.2 melhor racionalizam a operação de precedentes como princípios formais. Passo essencial para alcançar este objetivo é traduzir como uma discussão sobre superação de precedentes pode ser representada a partir da gramática da teoria dos princípios. É dizer, faz-se necessário questionar como discordâncias entre cortes do passado e cortes do presente podem ser explicadas por meio da relação entre princípios materiais e princípios formais.

De início, cabe afastar a utilização do modelo puro substantivo-formal como moldura conceitual para explicar casos de superação de precedentes. Aceitar tal modelo iria de encontro ao conceito de autoridade de precedentes constitucionais acolhido pela tese desde o capítulo 2. A autoridade horizontal de precedentes foi conceituada como uma autoridade que é *apenas em parte* independente de seu conteúdo substantivo, segundo a tese da *autoridade parcialmente independente*. Acolher o modelo puro substantivo-formal, na forma como Alexy o desenhou, implicaria que o peso da autoridade do precedente poderia ser determinado de forma independente do conteúdo material que ele veicula. Caso decisões do passado que estabelecessem interpretações de princípios materiais absurdas devessem ser mantidas simplesmente por serem precedentes, a autoridade do precedente se convolaria em chancela para manutenção de posicionamentos equivocados.

O modelo epistêmico também me parece conceitualmente inadequado por descrever de forma equivocada o papel do princípio formal dentro de sua estrutura. Como apontado por Wang, a função do princípio formal no modelo epistêmico é apenas a de esmaecer o

peso da variável da satisfação de determinados direitos fundamentais quando a intervenção em outros direitos fundamentais concorrentes que justifiquem aquela satisfação for baseada em premissas epistêmicas incertas. Este arranjo é incapaz de compreender a força da autoridade dos precedentes na medida em que, como princípios formais, eles não seriam capazes de acrescer força aos princípios materiais aos quais estão vinculados.

Aparte disso, no modelo epistêmico os princípios formais não são eles próprios objetos de nenhuma otimização ou balanceamento. Não há aqui possibilidade do princípio formal que representa o precedente judicial ter peso variável, como entendo necessário. Sua prevalência ou não sobre um princípio material conflitante dependeria exclusivamente da confiabilidade das premissas epistêmicas deste último, e não da avaliação sobre as incertezas epistêmicas que rondam o próprio precedente. Caso as premissas epistêmicas da intervenção (ou não satisfação) de um princípio material forem avaliadas como *certas* ou *confiáveis*, o princípio material prevalece sobre o princípio formal; se, no entanto, a promoção de um princípio material for definida apenas como *plausível* ou não evidentemente falsa, o princípio formal prevaleceria e assim diminuiria a força do peso da satisfação do princípio material ao ser representado na variável epistêmica da fórmula do peso de primeira ordem. Ou seja, as variáveis que de fato variam são aquelas relacionadas ao princípio material. Seguindo o modelo epistêmico é impossível classificar um precedente como *certamente permitido, plausivelmente permitido* ou *não evidentemente proibido*.

A utilização do modelo da concordância prática também não parece ser adequada para descrever a contestação à autoridade de precedentes. Em casos nos quais se discute a autoridade de decisões anteriores não existe um conflito entre a competência da corte do passado e a competência da corte do presente. Em tese, não há qualquer diferença entre as habilidades de uma corte constitucional no passado e as habilidades da mesma corte constitucional no presente para solucionar uma questão jurídica; ambas estão diante das mesmas condições institucionais para solucionar controvérsias jurídicas. Além disso, quando a autoridade do precedente de *C1* entra em cena para influir no processo decisório de *C2*, não há qualquer decisão da corte do presente que possa ter sua autoridade mensurada enquanto princípio formal. *C2* não decide o conflito material expresso na colisão entre direitos fundamentais para depois comparar a autoridade desta decisão com aquela tomada por *C1* no passado e verificar qual destas decisões revela mais habilidades de uma corte para solucionar a questão. O processo é outro, e nele *C2* deve considerar a decisão de *C1* ao longo do próprio processo em que rediscute o conflito material que lhe é trazido. A proposta do

modelo da concordância prática de separar totalmente o nível no qual se solucionam os conflitos materiais do nível em que devem ser resolvidos os conflitos formais não parece bem representar a influência que precedentes exercem nas cortes constitucionais do presente.

Aqui é importante elucidar como a divergência entre cortes constitucionais do passado e do presente pode ser expressa pelo vocabulário da teoria dos princípios. Nos termos desta teoria, entendo que a discordância entre *C2* e *C1* sobre como solucionar uma colisão entre direitos fundamentais pode ser mais bem reconstruída como uma divergência na atribuição dos pesos das variáveis representadas na fórmula do peso. Esta discordância no plano da justificação externa geralmente ocorre porque cortes do passado e do presente atribuem valores distintos às variáveis *I* e *E*, ou seja, às variáveis que definem a intensidade da satisfação (não satisfação) de um princípio e às variáveis epistêmicas que emprestam confiabilidade às satisfações e intervenções analisadas.[346]

Ao alterar a variável *I*, a interferência em um direito fundamental que antes era considerada moderada pela corte do passado pode passar a ser considerada leve pela corte do presente; ou mesmo a satisfação de um princípio colidente que era considerada moderada por um precedente, será considerada séria pela corte que pretende superá-lo. A discordância quanto aos valores das premissas epistêmicas se dá, por exemplo, quando premissas que eram consideradas plausíveis pelo precedente passam a ser consideradas não evidentes pela corte do presente. Ou seja, a disputa entre *C1* e *C2* é descrita como uma discordância na atribuição dos pesos das variáveis que definem a relação de precedência. É uma discordância no plano da justificação externa dos modelos, não no plano da justificação externa. A análise dos dois casos utilizados no subtópico anterior reforça esta maneira de compreender a discordância entre as cortes do passado e do presente.

Reconstruindo a decisão da ADI 4797 pelas lentes da teoria dos princípios, a análise dos votos dos ministros que compuseram a maioria indica que as normas que previam a licença prévia das Assembleias Legislativas, normas estas enxergadas pela rede de precedentes em volta do RE 153.968 como intervenções leves ou moderadas ao princípio republicano, passou a ser avaliada como uma intervenção pesada neste mesmo princípio pelas julgadoras que compunham a corte da ADI 4797.[347] A importância de satisfazer o princípio federativo por meio das leis estaduais que estabeleciam a licença prévia, avaliada

---

[346] Como os princípios materiais envolvidos geralmente têm o mesmo peso abstrato, a variável *A* geralmente não sofre variação entre as decisões do passado e do presente.

[347] O argumento principal para esta mudança de avaliação no grau de intervenção ao princípio republicano foi o de que os poderes legislativos estaduais vinham utilizando a licença prévia como forma de assegurar impunidade aos governadores. A utilização da norma haveria sido, pois, degenerada.

como de importância séria pela rede de precedentes do RE 153.968, por sua vez passou a ser compreendida como de importância leve na ADI 4797.[348]

Estas justificações externas para a atribuição dos pesos na ADI 4797 representam uma clara alteração em relação aos valores atribuídos aos princípios federativo e republicano pelas cortes do passado.[349] Se supusermos que os pesos abstratos dos princípios federativo e republicano são idênticos e que as variáveis epistêmicas *E* do STF do passado e do presente são confiáveis, o resultado da ADI 4797 seria representado de forma que a intervenção séria no princípio republicano *i* não justificaria a promoção leve ao princípio federativo *j*. Nesta constelação, o princípio republicano teria procedência sobre o princípio federativo:

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i^n \; x \; E_i^e}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j^n \; x \; E_j^e} \quad \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2^2 x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0}{2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0} \quad \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{4}{1}$$

Como mencionado, os precedentes da rede do RE 153.968 expressavam em suas fundamentações que as licenças prévias representavam uma satisfação de importância séria ao princípio federativo; ao mesmo tempo, as licenças prévias consubstanciavam uma intervenção no máximo moderada no princípio republicano, na medida em que por si só não representavam um óbice à responsabilização de governadores. A representação de como as cortes do passado avaliavam o mesmo conflito poderia ser assim descrita:

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i^n \; x \; E_i^e}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j^n \; x \; E_j^e} \quad \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2^1 x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0}{2^2 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0} \quad \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2}{4}$$

Nesta hipótese, a satisfação séria do princípio federativo justificaria uma intervenção moderada no princípio republicano, estabelecendo uma relação de precedência do princípio federativo *j* sobre o republicano *i*. Desta forma é possível traduzir, com a linguagem

---

[348] Segundo a argumentação tecida pelo Ministro Roberto Barroso, a imposição de condições ao processamento criminal de chefes do Executivo era algo que a Constituição de 1988 só previa para proteção do Presidente da República, não sendo necessariamente extensiva aos cargos de chefia estadual. Na medida em que dificultavam o processamento de ocupantes de cargos públicos, as licenças representavam exceções ao princípio republicano e deveriam, pois, ser interpretadas de forma restritiva. Ou seja, não se poderia fazer uma analogia entre a licença requerida para processar presidentes e as licenças necessárias ao processamento de governadores. Licenças prévias não configuravam, pois, formas de promoção da independência entre as unidades federativas.

[349] Na argumentação do voto condutor do acórdão da ADI 4792 o principal argumento para a releitura dos pesos atribuídos a cada princípio é a mutação constitucional que o conteúdo de cada um dos princípios teria atravessado.

fornecida pela teoria dos princípios, como ocorrem as divergências entre cortes do passado e do presente.

A reconstrução da votação das ADCs 43, 44 e 54 também demonstra a existência de divergência na atribuição de pesos em relação à decisão do HC 126.292, desta vez relacionadas às variáveis epistêmicas. Para que a superação da tese do HC fosse efetivada com uma distância de menos de 4 anos entre as decisões, dois ministros mudaram seus posicionamentos: o ministro Dias Toffoli e o Ministro Gilmar Mendes. O voto do ministro Dias Toffoli não menciona as razões pelas quais sua posição foi alterada, mencionando apenas que sua filiação à corrente majoritária no caso do HC 126.292 se deu em razão dos limites do referido caso concreto. Por este motivo, entendo ser difícil reconstruir a mudança de posição do Ministro Dias Toffoli à luz da discussão sobre colisão entre princípios que estou operando nesta etapa da pesquisa.

No caso do Ministro Gilmar Mendes, sua decisão no HC considerava que a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória representaria uma intervenção no mínimo moderada ao princípio da presunção de inocência. Esta argumentação se sustentava na crença de que a tese do HC concederia apenas uma autorização para o cumprimento provisório da pena, cabendo a cada julgadora avaliar caso a caso a necessidade de restringir a liberdade do condenado em segunda instância que ainda não foi definitivamente julgado. A representação da posição sustentada por Gilmar Mendes no HC 126. 292 é a mesma acolhida pelo ministro Teori Zavascki, relator do caso. Nela, *i* é o princípio da presunção da inocência e *j* o princípio da efetividade da lei penal:

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i^n \; x \; E_i^e}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j^n \; x \; E_j^e} \;\rightarrow\; P_{ij} = \frac{2^1 x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0}{2^2 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0 x \; 2^0} \;\rightarrow\; P_{ij} = \frac{2}{4}$$

Pelo quociente encontrado, a satisfação séria do princípio da efetividade da lei penal teria precedência sobre uma intervenção moderada na presunção de inocência.

Ao julgar a ADC, o STF analisa a mesma questão sob outra ótica. Aqui, a necessidade é avaliar se a satisfação ao princípio da presunção de inocência promovida pelo art. 283 do CPP representa uma intervenção proporcional ou justificada no princípio da efetividade da lei penal.

Como já mencionado, o ministro Gilmar Mendes compreendeu que o art. 283 possibilita uma satisfação séria do princípio da presunção da inocência. Esta argumentação contrasta com a avaliação feita pelo ministro no julgamento do HC de que a intervenção

possibilitada pelo cumprimento provisório da pena era apenas moderada. Pela leitura do voto compreende-se que isso ocorre porque o ministro percebe que as instâncias inferiores não estavam realizando uma avaliação concreta de cada situação para impor as medidas de restrição à liberdade do condenado, mas sim usando a autorização para cumprimento provisório da pena de modo desabrido. Além disso, o ministro traz dados empíricos demonstrando que o STF e o STJ exercem papel ativo na correção dos entendimentos penais das instâncias inferiores, principalmente em favor dos direitos dos mais pobres.

O fundamento do voto também aponta, no entanto, que as premissas epistêmicas que permitiam afirmar que o cumprimento provisório da pena representava uma satisfação séria do princípio da efetividade da lei penal foram recalibradas. O voto colaciona dados que constatam que o tempo de espera para o processamento dos feitos nas instâncias extraordinárias é menor do que o senso comum fazia crer, o que implica a diminuição do nível de certeza sobre a não satisfação do princípio da efetividade da lei penal que a lei supostamente ocasionaria.[350] A modificação destas premissas epistêmicas faz com que, ao julgar as ADCs, o ministro avalie que a intervenção séria no princípio da efetividade da lei penal tenha bases epistêmicas classificadas, no máximo, como plausíveis. A reconstrução da posição do Ministro Gilmar Mendes nas ADCs pela fórmula do peso é abaixo exposta, onde *i* representa o princípio da efetividade da lei penal que é afetado pelo art. 283 do CPP e *j* é o princípio da presunção da inocência promovido pela mesma legislação:

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i^n \; x \; E_i^e}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j^n \; x \; E_j^e} \quad \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2^2 x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^{-1}}{2^2 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0 \; x \; 2^0} \; \rightarrow \; P_{ij} = \; \frac{2}{4}$$

[350] "Levantamento publicado pelo jornal Folha de São Paulo em 17.10.2019 diagnosticou que, de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimento dos recursos foi de 37%. Ou seja, em cada 3 (três) decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 (uma) é revista. Outra interessante pesquisa realizada pela Folha de São Paulo apontou o tempo médio de tramitação dos Recursos Especiais no STJ e dos Recursos Extraordinários no STF em matéria criminal, também no período de 2009 a 2019. O levantamento indicou que, no STJ, 63% dos recursos levaram até um ano para transitar em julgado, a contar da data em que o caso chegou ao tribunal. Já no STF, em 77% dos casos, o Tribunal analisou os recursos criminais em menos de um ano. (...) Ainda segundo dados examinados nessa pesquisa, somente em 2018, os ministros do STF e os órgãos colegiados concederam 642 ordens de *habeas corpus*. Os principais fundamentos para as ordens concedidas são: (*i*) descabimento de prisão preventiva (20,4%), (*ii*) necessidade de início do cumprimento da pena em regime mais benéfico (16,0%) e (*iii*) revisões na dosimetria da pena (14,3%). A partir desses dados, levantamento realizado pelo meu gabinete buscou identificar quais são os principais crimes discutidos nas impetrações que chegam até o STF. Considerando os dados de 2018, podemos verificar que apenas 4,0% (quatro por cento) dos HCs concedidos pelo STF no ano passado versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco (o que inclui crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa). Por outro lado, a esmagadora maioria das nossas concessões se referem a crimes de tráfico (correspondente a 49,4% das concessões) e furto (correspondente a 9,0% das concessões)." ADC 43, 2019. (Voto do Ministro Gilmar Mendes)

Com esta modificação, a relação de precedência muda totalmente. Agora, a intervenção séria, mas com base epistêmica apenas plausível no princípio da efetividade da lei penal, cede diante da satisfação séria do princípio da presunção da inocência que o art. 283 do CPP significa.

5.3.4 Modelo misto ou combinado e superação de precedentes

Uma vez compreendido como as divergências entre cortes do passado e cortes do presente devem ser expressas nos termos da teoria dos princípios, entendo que o modelo misto ou combinado é o que melhor representa o papel que os precedentes devem ter dentro de um cenário de discordâncias sobre a atribuição de pesos às variáveis *I* e *E*.

Defendo que a função dos precedentes deve ser a de possibilitar a criação de um viés em favor da maneira pela qual a corte do passado avaliou os pesos de suas variáveis. Em termos de estrutura argumentativa formal, este viés será expresso com o acréscimo do peso do precedente ao lado do princípio material que sustenta seu conteúdo. O peso do precedente corresponderá ao nível de certeza sobre a sua localização dentro do espaço de discricionariedade epistêmica concedido pela constituição. Quanto maior a probabilidade de que o conteúdo do precedente seja permitido pela constituição, maior seu peso. Quanto menor esta probabilidade, menor seu peso. A definição destes pesos será realizada pela análise dos marcadores de incerteza desenvolvidos nos subtópicos acima.

Precedentes serviriam, desta forma, como razões de reponderação, ou, como Perry denomina, "*reweighting reasons*". Eles seriam razões para que agentes tratem os princípios materiais e as premissas epistêmicas que sustentam a decisão do passado com um peso diferenciado em relação ao peso atribuído pela corte do presente caso o precedente não existisse.

Compreendo que o arranjo do modelo combinado possibilita que o peso do precedente implique em acréscimo ao peso do fundamento material da decisão do passado dentro da disputa com o princípio material colidente no qual a decisão do presente pretende se sustentar. Dentro desta proposta, o precedente pode figurar tanto no denominador quanto no numerador da equação, a depender se o princípio material ao qual ele deve se somar é o princípio que sofre intervenção ou o princípio que está sendo promovido dentro da colisão entre direitos fundamentais. Abaixo encontra-se representação de fórmula na qual o

precedente acrescenta força ao princípio material que busca ser satisfeito dentro de uma colisão de direitos fundamentais. A representação indica que, ao julgar o precedente, a corte do passado decidiu que a importância da satisfação do princípio *j* possuía precedência em relação à gravidade da intervenção no princípio *i*.

$$P_{ij} = \frac{I_i \; x \; A_i \; x \; E_i}{I_j \; x \; A_j \; x \; E_j + Pf}$$

Para que a fórmula seja operacionalizada, é necessário criar correspondências entre a escala que classifica os precedentes como em *certamente autorizados, plausivelmente autorizados ou não evidentemente proibido* pela constituição e valores numéricos.

Um precedente certamente autorizado deve ter uma força suficiente para criar uma presunção quase absoluta de que a decisão anterior deve ser mantida. Seu peso deve ser, assim, equivalente ao de uma intervenção séria ou, seja, 2^2.

O peso de precedentes plausivelmente autorizados pela constituição deve ser capaz de criar precedências em direção à decisão do passado em situações nas quais a corte do presente não tenha ampla margem de certeza sobre a prevalência de um princípio sobre o outro. São casos, por exemplo, em que a intervenção em um princípio é vista como moderada (2^1) e a satisfação a outro princípio é enxergada como séria (2^2). Caso a decisão do passado esteja sustentada pelo princípio que sofre a intervenção, a equação precisa ser rebalanceada, devendo o precedente ser capaz de pelo menos empatar a relação entre numerador e denominador; o valor do precedente plausivelmente autorizado deve, pois, ser igual a 2^1. Nestas situações, o resultado final do quociente seria 1, o que indicaria a presença de discricionariedade judicial. Nas hipóteses de discricionariedade judicial, como foi sustentado até aqui, o precedente deve prevalecer. Já quando o precedente for classificado como não evidentemente proibido pela constituição seu valor deve ser nulo. Nestes casos, ele não acrescentaria nenhum peso ao princípio material que o sustenta.

Conjugando esta escala com os marcadores de incerteza desenvolvidos anteriormente, compreendo que a crítica de que o modelo combinado justificaria a opção por interpretações desproporcionais ou contrárias à constituição é contornada. Precedentes que veiculam teses desproporcionais dificilmente conseguem ser classificados como *plausivelmente* permitidos pela constituição. Se uma decisão anterior for de fato desproporcional ou discricionária, os marcadores de incerteza devem ser capazes de captar estes predicados e fazer com que o valor que a corte do presente atribua ao peso do precedente seja mínimo.

Não há que se falar, pois, que o modelo combinado implicaria uma suposta prevalência do direito judicial aplicado pela corte do passado em relação ao conteúdo da constituição. O conteúdo da constituição não é definido de forma isolada a partir de uma única decisão. A corte do presente não possui um monopólio sobre o sentido que atribui ao texto constitucional. Fazer com que o precedente, como princípio formal, figure no cálculo da colisão de princípios materiais realizado por cortes do presente é assegurar que as decisões do passado também conformam o sentido da constituição. O peso desta conformação ainda dependerá em parte da própria atuação da corte do presente, vez que será ela quem argumentativamente avaliará os marcadores de incerteza para definir se o precedente é mais ou menos permitido pelo texto constitucional. Desta forma, o modelo se cerca de cuidados para que a corte do presente esteja subordinada à constituição e não ao precedente que a interpretou no passado. O ganho permitido pelo seu arranjo, contudo, é que esta subordinação é vista em perspectiva, de maneira historicizada, e não a partir da leitura isolada da corte do presente sobre o que a constituição ordena, proíbe ou faculta.

Vale lembrar, ademais, que a estrutura do sopesamento entre princípios formais e materiais no contexto da discussão sobre superação de precedentes atua naturalmente em um ambiente de incertezas empíricas ou normativas. Se cortes do presente possuem certeza de que um conteúdo veiculado por um precedente é desproporcional ou discricionário, não faz sentido aplicar o teste aqui proposto. Como já mencionei, ele só tem utilidade quando os contornos do limiar epistêmico são indefinidos. Desta forma, é difícil que a aplicação do sopesamento neste contexto implique a manutenção de um precedente absurdo ou indubitavelmente desproporcional.

A seguir passo a aplicar o modelo combinado aos casos em que discuti o peso dos precedentes no subtópico 5.3.1. Como será visto, a adição do peso correspondente pode ou não alterar o resultado final da avaliação da corte do presente sobre manter ou não a decisão passada.

No caso da ADI 4797, a discussão era se as leis que impunham a necessidade de licença prévia representavam uma intervenção autorizada no princípio republicano em face da promoção do princípio federativo. Vimos que o julgamento que ocasionou a superação considerou que o princípio republicano estava sofrendo uma intervenção séria, enquanto o princípio federativo foi considerado promovido apenas de maneira leve. Na mensuração do peso do precedente por meio da análise dos marcadores de incerteza empírica e normativa, a tese do RE 153.968 (precedente superado) foi considerada como *certamente autorizada*

pela constituição. Seu peso deveria ser estipulado, logo, como 2^2. Se assim o fosse, a aplicação do modelo sugeriria que a superação do precedente não deveria ter ocorrido.

$$P_{ij} = \frac{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^0}{2^0\ x\ 2^0\ x\ 2^0 + Pf} \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^0}{2^0\ x\ 2^0\ x\ 2^0 + 2^2} \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{4}{1+4}$$

Como se vê, a aplicação do modelo teria levado o STF a decidir de forma distinta daquela que de fato decidiu ao julgar a ADI 4797.

No caso do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o precedente, no caso o HC 126.292, foi classificado como não evidentemente proibido, ou seja, seu peso seria 0. O voto do Ministro Gilmar Mendes, escolhido aqui para representar a análise da votação da corte por ter sido o voto que melhor apresentou notas argumentativas sobre alteração de posicionamento em relação à decisão anterior, considerou que o art. 283 do CPP representava uma intervenção séria no princípio da efetividade da lei penal, mas esta intervenção tinha bases epistêmicas no máximo plausivelmente confiáveis. O grau de importância de satisfazer o princípio da presunção da inocência, por sua vez, seria pesado. A equação denota que o precedente não evidentemente proibido não seria capaz de alterar o balanço de razões entre os princípios materiais colidentes.

$$P_{ij} = \frac{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^{-2}\ + Pf}{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^0} \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^{-1} + 0}{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^0} \rightarrow \quad P_{ij} = \frac{2}{4}$$

Caso a decisão tomada pelo STF no HC 126.292 acompanhasse o modelo proposto, o resultado também seria diferente. Como vimos, naquela altura o voto do ministro relator, Teori Zavascki, considerou que uma intervenção moderada no princípio da presunção da inocência seria justificada por uma satisfação intensa do princípio da efetividade da lei penal. Caso a força vinculante do precedente até então vigente fosse representada no cálculo, o modelo recomendaria que a tese então vicejante via HC 84.078 não deveria ser derrogada. Como visto, esta tese seria plausivelmente permitida pela Constituição de 1988, o que implicaria a atribuição de um peso 2 em favor do princípio da presunção da inocência *i*, que estava a sofrer uma intervenção moderada.

$$P_{ij} = \frac{I_i\ x\ A_i\ x\ E_i^n\ x\ E_i^e + Pf}{I_j\ x\ A_j\ x\ E_j^n\ X\ E_j^e} \rightarrow P_{ij} = \frac{2^1 x\ 2^0\ x\ 2^0\ x\ 2^0 + 2}{2^2\ x\ 2^0\ x\ 2^0 X\ 2^0} \rightarrow P_{ij} = \frac{4}{4}$$

Diante de um quociente com resultado 1, o que temos é a indicação de uma situação na qual tanto a posição da corte do presente quanto a posição da corte do passado parecem ser permitidas dentro de um mesmo nível de certeza pela Constituição. Nestas hipóteses nas quais o mesmo nível de discricionariedade acoberta as duas posições concorrentes, a teoria normativa aqui proposta sugere que a decisão do passado deve ser mantida. Desta forma, se seguíssemos o modelo aqui proposto, o STF de 2016 não deveria modificar a interpretação estabelecida pela corte em 2009 sobre o princípio da presunção da inocência.

5.4 CONCLUSÃO PARCIAL

O capítulo 5 da tese apresentou um modelo de argumentação que pretende racionalizar a superação de precedentes em situações nas quais cortes do presente tem dúvidas sobre o que a constituição obriga, proíbe ou faculta e, por consequência, está incerta se a decisão do passado resolveu corretamente uma colisão de direitos fundamentais.

Para engendrar este modelo o capítulo se fiou em dois movimentos. O primeiro foi elaborar marcadores para avaliar em que medida as teses de precedentes constitucionais são permitidas pela constituição. Estes marcadores pretendem captar elementos que mensuram níveis de incertezas empíricas e normativas sobre a relação entre as teses dos precedentes e o conteúdo da constituição. Quando cortes do presente avaliam precedentes a partir dos marcadores, a ideia é que possam definir se as teses estabelecidas por cortes do passado são *certamente permitidas pela constituição, plausivelmente permitidas pela constituição* ou *não evidentemente proibidas pela constituição.* O objetivo principal deste primeiro movimento é estabelecer critérios para definir em que medida um precedente se encontra mais ou menos inserido no espaço da discricionariedade epistêmica.

Compreendo que este primeiro movimento é capaz de sanar as insuficiências que constatamos no modelo do *stare decisis* subótimo de Randy Kozel apresentado no capítulo anterior. Na medida em que o meu modelo leva em consideração tanto elementos de incerteza empírica quanto de incerteza normativa, há possibilidade de que precedentes sejam superados também quando a discordância entre cortes do passado e do presente se der por um desacordo de natureza interpretativa.

O segundo movimento moldou um arranjo capaz de vincular a classificação dos níveis de certeza sobre a relação entre precedentes e constituição forjados pelo primeiro movimento à influência que os precedentes horizontais – enquanto princípios formais - exercem nas

decisões do presente. Quanto maior a probabilidade da tese de um precedente ser permitida pela constituição, maior deve ser a força vinculante que este precedente deve exercer no momento em que uma corte do presente reavalia a mesma colisão de direitos fundamentais. A força vinculante do precedente será colocada dentro do sopesamento de princípios materiais que a corte do presente realiza para definir determinada colisão de princípios fundamentais.

Após inventariar diversos modelos que a teoria dos princípios desenvolve para cuidar da interação entre princípios materiais e princípios formais, o capítulo concluiu que o modelo combinado ou misto é o que melhor representa o papel que precedentes devem desempenhar em situações nas quais teses do passado são rediscutidas. Este modelo é capaz de conceber o precedente como uma razão de reponderação, ou seja, uma razão formal que adiciona um viés ou um peso no sentido da decisão do passado. Na medida em que as discordâncias entre *C1* e *C2* são compreendidas como divergências na atribuição dos pesos às variáveis *I* e *E* da equação, o peso dos precedentes faz com que a decisão do presente se aproxime do peso que a corte do passado atribuiu a tais variáveis. Com a definição deste modelo, entendo que consegui desenhar uma proposta racional para lidar com a superação de precedentes diante de situações de incerteza epistêmica.

6. CONCLUSÕES

Esta tese buscou responder à seguinte questão: quando cortes constitucionais devem superar precedentes que consideram equivocados? A resposta a esta questão passou por pelo menos quatro etapas.

Na primeira delas, desenvolvida no capítulo 2, apresentei a maneira pela qual a autoridade horizontal de precedentes constitucionais deve ser compreendida. O argumento é de que, se teses jurídicas equivocadas devem ter algum tipo de força vinculante, esta força não pode depender exclusivamente do peso das razões substantivas contidas em decisões anteriores. A categoria que mais bem descreve a autoridade horizontal de precedentes é a da *autoridade parcialmente independente das razões substantivas*. Esta categoria explicou por que é senso comum na discussão sobre precedentes horizontais a demanda para que cortes do presente apenas superem decisões anteriores a partir de justificações especiais, no que denominei de *tese das razões especiais*.

A categoria da autoridade parcialmente independente das razões substantivas também provou-se harmônica com o conceito de precedentes constitucionais como princípios formais. Por tal conceito, precedentes constitucionais seriam normas de caráter principiológico que demandam a aplicação de outras normas jurídicas de forma independente do conteúdo destas. Como a categoria da autoridade parcialmente independente descreve precedentes como normas de natureza superável, não exclusionárias, mas que têm sua força em parte desatrelada do conteúdo substantivo das teses jurídicas veiculadas nos próprios precedentes, entendo que o conceito de princípios formais se ajusta perfeitamente à tal descrição da autoridade precedental.

A primeira etapa da pesquisa demonstrou, ainda, que não há consenso nas cortes constitucionais sobre quais seriam as razões especiais que autorizariam a superação de precedentes. Para isso, apresentei como três cortes constitucionais operacionalizam a derrogação de suas decisões anteriores: a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a Câmara dos Lordes do Reino Unido e o Supremo Tribunal Federal. A conclusão foi a de que, embora tais cortes manifestem a intenção de controlar a superação de seus precedentes por justificações especiais, há pouca sistematização ou construção consistente sobre quais seriam efetivamente os argumentos que permitiriam *overrulings.*

A etapa concluiu que isso se dá em parte porque inexiste clareza sobre quais são os fundamentos normativos que sustentam a tese das razões especiais e, consequentemente, a

própria categoria da autoridade parcialmente independente. Diante desta constatação, o capítulo indicou a necessidade de investigar quais seriam as razões normativas a fundamentar a possibilidade de que cortes do presente mantenham precedentes mesmo quando os avaliem como equivocados.

A segunda etapa da pesquisa, tratada no capítulo 3, realizou uma análise dos argumentos que potencialmente fundamentariam a autoridade parcialmente independente descrita no capítulo 2. A conclusão aqui foi a de que precedentes constitucionais devem ser mantidos quando cortes do presente não atinjam determinados níveis de certeza sobre a incorreção da decisão anterior. Precedentes constitucionais, desta forma, não operam como materiais jurídicos que diretamente trazem certeza e segurança à adjudicação de direitos fundamentais. O argumento, ao contrário, é que o reconhecimento da incerteza sobre o conteúdo da constituição pode autorizar que precedentes em certa medida equivocados sejam mantidos. Níveis de incerteza sobre o conteúdo da constituição implicam, pois, níveis de incerteza sobre o próprio juízo de equívoco que cortes do presente fazem sobre decisões passadas. Se estes níveis de incerteza forem altos, cortes devem evitar superar decisões que, em princípio, classificariam como equivocadas.

Para chegar a tal fundamento normativo esta segunda etapa da pesquisa afastou outras razões que supostamente poderiam sustentar o fato de cortes do presente manterem decisões equivocadas. Os argumentos da autoridade teórica, da isonomia, da proteção da confiança e da necessidade de controlar os impactos que modificações no conteúdo do direito ocasionam foram analisados e classificados como insuficientes para fundamentar a fidelidade de cortes do presente a decisões – em certa medida - equivocadas. O último dos argumentos mencionados pode, sustentei, no máximo servir como razão para que cortes criem estratégias decisórias para adequadamente superar decisões equivocadas. A técnica decisória da superação prospectiva foi, neste contexto, apresentada. A necessidade de controlar impactos ocasionados pela superação não é suficiente, contudo, para fazer com que uma corte do presente deixe de superar uma decisão em certa medida equivocada.

A identificação do fundamento normativo da autoridade de precedentes constitucionais abriu caminho para que a investigação começasse a discutir como esta autoridade poderia ser contestada. Se precedentes devem prevalecer diante de contextos de incerteza, seria necessário predicar quais tipos e que graus de incerteza possibilitariam a manutenção de precedentes constitucionais. A terceira etapa da tese, cumprida pelo capítulo 4, dedicou-se a este ponto.

O capítulo inicia diferenciando dois tipos de contestação que cortes do presente podem lançar a decisões passadas: os juízos de erro baseados em desacordos interpretativos e os juízos de erro baseados em desacordos não interpretativos. Enquanto o primeiro tipo de contestação revela que cortes podem discordar quando intérpretes se engajam em pressupostos normativos ou interpretativos diferentes, o segundo tipo indica que há discordâncias baseadas no acesso a dados empíricos e informações que não dizem respeito exatamente a divergências sobre o que a constituição, leis ou precedentes ordenam, garantem ou proíbem. Exemplos de cada um dos tipos de desacordos foram apresentados a partir de casos concretos, colhidos principalmente do acervo do STF e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Em seguida o capítulo defendeu que estas diferentes formas de contestar a correção de precedentes podem estar sustentadas por níveis diferentes de incerteza. Ou seja, há juízos de erro que são mais confiáveis do que outros. Foi mobilizado o referencial teórico da teoria dos princípios para diferenciar dois tipos de incertezas: as incertezas empírica e normativa. Mostrei que os desenvolvimentos da teoria dos princípios concebem estes conceitos de incerteza para, dentre outras coisas, descrever a existência da discricionariedade judicial epistêmica. Há discricionariedade judicial epistêmica quando não há certeza sobre o que a constituição ordena, permite ou garante (incerteza normativa) ou quando as premissas empíricas que sustentam determinada avaliação sobre a (não) satisfação de direitos fundamentais são incertas (incerteza empírica). Em tais casos, juízas e cortes estão autorizadas a escolher uma dentre várias alternativas para solucionar problemas jurídicos.

Conjugando os tipos de juízos de erro que cortes do presente lançam aos precedentes com os tipos e graus de incerteza, cheguei à conclusão de que precedentes avaliados como em certa medida equivocados por cortes do presente devem ser mantidos sempre que seus conteúdos estiverem inseridos dentro do espaço da discricionariedade judicial epistêmica. É dizer, precedentes devem ser mantidos sempre que cortes do presente não consigam comprovar que suas teses passadas estão fora dos limites do permitido pelas constituições.

A pergunta fundamental que o capítulo deixou foi, no entanto, como se poderia definir se o precedente está dentro ou fora do âmbito da discricionariedade judicial epistêmica. Esta pergunta foi respondida pela quarta e última etapa da tese, desenvolvida no capítulo 5.

O capítulo 5 apostou que a estrutura formal do sopesamento poderia fornecer um modelo argumentativo racional para definir quando a tese de um precedente estaria dentro da zona de discricionariedade judicial epistêmica. A conclusão do capítulo foi de que

situações de superação de precedentes devem ser reconstruídas como uma colisão de princípios que envolve os princípios materiais em disputa e o precedente que atua como princípio formal. Dentre os vários modelos desenvolvidos pela teoria dos princípios para tratar da interação entre princípios materiais e princípios formais, argumentei que o modelo misto ou combinado forneceria a melhor estrutura para representar a função dos precedentes constitucionais na dinâmica decisória de cortes do presente. Por tal modelo, precedentes atuariam como *razões de reponderação*. Essas razões de reponderação tem a função de forçar que cortes do presente concedam às variáveis avaliadas em um sopesamento um valor mais próximo daqueles que cortes do passado atribuíram para essas mesmas variáveis.

Para que a proposta atendesse às exigências lógicas da estrutura formal do sopesamento, criei um modelo que atribui peso aos precedentes judiciais. Argumentei que o peso dos precedentes varia na medida em que eles são mais ou menos permitidos pela constituição. Nesse sentido, precedentes poderiam ser classificados como *certamente permitidos pela constituição, plausivelmente permitidos pela constituição* e *não evidentemente proibidos pela constituição.* A depender de sua classificação, um valor numérico foi atribuído ao precedente para que ele pudesse ser inserido dentro do cálculo do sopesamento. A tese sustentou, ainda, que a classificação dos precedentes dentro desta escala triádica depende da análise de marcadores de incerteza. Estes marcadores de incerteza pretendem expressar elementos que, quando avaliados, mensuram a presença de incertezas normativas e epistêmicas para solucionar a questão jurídica rediscutida pela corte do presente.

Com esta estrutura argumentativa desenhada, entendo haver concebido um confiável modelo argumentativo para definir quando precedentes devem ou não ser superados. Sempre que o peso do precedente somado ao peso do princípio material que o sustenta for maior ou igual ao peso do princípio material concorrente que a decisão da corte do presente tenta promover, precedentes deverão ser mantidos e a superação não deve ocorrer. Caso a força do princípio material concorrente supere a soma do peso do precedente e do princípio material que o sustente, é sinal que a avaliação sobre o pertencimento do precedente dentro da zona de discricionariedade da constituição não é suficiente para impedir sua derrogação. Em tais casos ele deverá ser, pois, superado.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*: *treatisy on dynamic paradigm of legal dogmathics*, Cambridge: Darthmouth, 1997.

ALEXANDER, Larry**. "**Precedential Constraint, Its Scope and Strength: A Brief Survey Of The Possibilities And Their Merits". *Legal Studies Research Paper Series - Research Paper No. 11-070* (2011).

ALEXANDER, Larry; SHERVWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. "Constrained by precedent". *Southern California Law Review,* 63 (2001).

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentai*s (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2017.

ALEXY, Robert. "Justification and application of norms", *Ratio Juris* 6 (1993), p. 157-170.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics, *Icon* 12 (2014), p. 511–524.

ALEXY, Robert. "On balancing and subsumption: a structural comparison", *Ratio Juris* 16 (2003).

ALLEN, Ronald J; PARDO, Michael S. "The Myth of the Law–Fact Distinction", *NW. U. L. REV.* (97 (2003).

ARGUELHES, Diego Werneck. "O Supremo que não erra", in: Oscar Vilhena Vieira; Rubens Glezer (Org.), *A Razão sem Voto: Diálogos com Luís Roberto Barroso.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61-81.

ARGUELHES, Diego Werneck. "Tribunal de Conjuntura: o Supremo se submeteu ao Senado", *Jota*. < disponível em https://www.jota.info/stf/supra/tribunal-de-conjuntura-o-supremo-se-submeteu-ao-senado-12102017, último acesso em 7.9. 2018.>.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro", *Novos Estudos CEBRAP* 37 (2018), p. 13-32.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. "O Supremo das estratégias e o STF de Rosa Weber", *Jota*, <disponível em https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-das-estrategias-rosa-weber-lula-06042018, último acesso em 11.9.2018>.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. Tese de Doutorado. Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Samuel. "Constituição, democracia e indeterminação social do direito", *Novos Estudos Ceprab* 96 (2013), p. 33-46.

BARRET, Amy Coney. "Precedent and Jurisprudential Disagreement" *Texas Law Review* 91 (2013), p. 1711-1738.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare Indecisis: alteration of precedent on the supreme court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BOROWSKI, Martin. "The structure of formal principles – Robert Alexy's law of combination" in Martin Borowski (org.), *On the nature of legal principles, Archiv für Recht und Sozialphilosophie* 119 (2010).

BURTON, Steven J, "The conflict between Stare decisis and overruling in constitutional adjudication", *Cardozo Law Review* 35 (2014), p.1687-1703.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. "Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós positivismo de MacCormick", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 106 (2013), p. 263-313.

CALABRESI, Steven G. "Text, Precedent, and the Constitution: Some Originalist and Normative Arguments for Overruling Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey" 22 *Constitutional Commentary*, (2005), p. 340–45.

CAMARENA GONZALEZ, Rodrigo. "La derrotabilidad del precedente constitucional: a proposito de la C.T. 299/2013". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 4 (2017), p. 309-348.

CAMBI, Eduardo. "Jurisprudência lotérica", *Revista dos tribunais* 786 (2001), p. 108-128.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon, 1991.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira et al, Um balanço da Reforma do Judiciário: efeitos práticos das reclamações constitucionais e da repercussão geral no STF e no TJSP. *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – FGV DIREITO SP*. Relatório à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; Luciana Gross Cunha; Luciana Oliveira Ramos. (Orgs.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*, São Paulo: Direito GV (2014).

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of precedente*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. "Indeterminacy and Law", in Stephen Guest, Positivism Today, Cambridge: Dartmouth, 1996.

DWORKIN, Ronald, Objectivity and Truth: You'd Better Believe It, *Philosophy and Public Affairs*, 87, 1996.

DWORKIN, Ronald. "Hard Cases", *Harvard Law Review* 88 (1975), p. 1057-1109.

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

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998

ENG, Sven. The doctrine of precedent in English and Norwegian law – some common and specific features. *Scandinavian Studies in Law*, n. 39, p. 275-324, 2000.

ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais: a ideia de discricionariedade forte e diferença entre precedentes ordinários e constitucionais. Tese de Doutorado. *Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 2018.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck., "Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito", *Revista de Direito Administrativo* 243 (2006), p. 79-111.

FALLON JR, Richard. "*Stare decisis* and The Constitution: An Essay on Constitutional Methodology", *New York University Law Review*, 76 (2001), p. 570-597.

FALLON JR, Richard H. "Foreword*:* Implementing the Constitution", *Harvard Law Review* 111 (1997).

FOWLER, James H; JEON, Sangick. "The authority of Supreme Court Precedent" *Soc. Networks*, 16 (2008).

FUNKEN, Katja. "*The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System",* (2013).

GREENHOUSE, Linda. The Supreme Court's Challenge to Civil Society, *International Dialogues in Constitutional Law Constitution, Politics & Institutions, University of Sao Paulo School of Law*, 2019.

GORZONI, Paula. "Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais", *Novos estud. – CEBRAP* 85 (2009), p. 273-279.

HANSFORD, Thomas G; SPRIGGS, James F; WAHLBECK, Paul J. "The life of the law: judicial Politics and legal change", *Journal of Politics* 59 (1997).

HARRIS, J. W. “Towards Principles of *Overruling*: When Should a Final Court of Appeal Second Guess?.” *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990), p. 135-199.

HARTMANN, Ivar; FERREIRA, Lívia da Silva. “Ao Relator, Tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo”, *Revista Opinião Jurídica* 13 (2015), p. 268-283.

KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. “Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 1 (2014), p. 89-104.

KLATT, Matthias. “Judicial review and institutional balance” (2019) < disponível em http://journals.openedition.org/revus/5180, último acesso em 30.11.19.>.

KLATT, Mathias., “Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conficts”, Global Constitutionalism 4 (2015), p. 195-226.

KLATT, Mathias. “Taking Rights less Seriously: a structural analysis of judicial discretion”, *Ratio Juris* 20 (2007), p. 506-529.

KLATT, Matthias. “Positive Rights – Who Decides? Judicial Review in Balance”, *International Journal of Constitutional Law* 13, (2015), 354-382.

KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law* 10, (2012), p. 69-105.

KOMAREK, Jan. Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011*.London School of Economics and Political Science: 2011.

KOZEL, J. Kozel. “The Scope of Precedent”, *Michigan Law Review*, 113 (2014), p. 179-230.

KOZEL, Randy J. “Stare decisis in the Second-Best World”, *California Law Review 103 (2015), p. 1139*.

KOZEL, Randy J. Staturory intepretation, administrative deference and the law of *stare decisis*. Notre Dame Law School, *Research Paper nº 1859*, < disponível em: https://ssrn.com/abstract=3312818 , último acesso em 20.10.2019>.

KOZEL, Randy J. “Precedent and Constitutional Structure”, *Northwestern Law Review* 112 (2018), p. 788-837.

KOZEL, Randy J. "Precedent and Reliance", *Scholarly Works Paper Notre Dame Law nº 682*, (2013), < disponível em http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/682, último acesso em 14 jan 2019.>.

LAMOND, Grant. “Persuasive authority in the law”, *The Harvard Review of Philosophy* 17 (2010), p. 16-35.

LAWSON, Gary. “Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited”, *Ave Maria Law Review* 5 (2007).

LAWSON, Gary. “Proving the Law”, *NW. U. L. VER* 86 (1992), p. 859.

LEAL, Fernando. “Regulando a incerteza”, *Revista de Investigações Constitucionais* 3 (2016), p. 217-226.

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. “Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 7 (2017), p. 819-843.

LEGALE, Siddharta, Superprecedentes. *Revista Direito GV 12* (2016), p. 810-845.

LLEWELYN, Karl. *The bramble bush: on our law and its study*, New York: Oceana Publications, 1960.

LYONS, David. “Formal Justice, Moral Commitment, and Judicial Precedent”, *Journal of Philosophy* 10 (1984), p. 580- 601

MACEDO, Lucas Buril. “O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil”, *Revista de Processo* 237 (2014), p. 1-23.

MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea, Saraiva: São Paulo, 2011,

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: RT, 2010. Luiz Guilherme Marinoni**.** *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* 49 (2009), p. 11-58.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “‘A vida como ela é’: comportamento estratégico nas cortes”. Re*v. Bras. Polít. Públicas*, Brasília 8 (2018), p.688-718.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. “Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8 (2018), p. 668-688,

MENDES, Conrado Hübner. *Resenha do Livro A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree. De W. J. Waluchow*, <diposnível em http://www.sbdp.org.br/resenhas_ver.php?idConteudo=1, último acesso em: 12.6. 2016>.

MENDES, Conrado Hübner, Na prática, ministros do STf agridem democracia, *Folha de São Paulo*, < disponível em https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml, último acesso em 12.2018.

MENDES, Conrado Hübner., “Populisprudência”, *Época,* < disponível em ://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/populisprudencia.html, último acesso em 7.9. 2018>.

MICHELON, Claudio. *Being apart from reasons: The role of reasons in public and private moral decision-makin*g. Springer, 2006.

MITIDIERO, Daniel Mitidiero. Cortes *Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, Thiago. ‘Supremo Matreiro”, *Jota*, < disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-matreiro-06042018, último acesso em 11.9. 2018.

NELSON, Caleb. “*Stare decisis* and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Vand. Law Review* 87 (2001).

NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*: *uma análise crítica das reformas processuais*, Curitiba: Juruá.

OLSEN, Henrik Palmer; TODDINGTON, Stuart. “Legal Realism: In search of a Science of Law.”, *Retfaerd 155/4* (2016), pp. 22-37.

PALU, Guilherme Augusto Azevedo. *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie, Baden-Baden: Nomos, 2019.

PANNICK, David. “A note on Dworkin and Precedent”, *The Modern Law review*, 43 (1980), p. 36-44.

PEIXOTO, Ravi. A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes. Dissertação de Mestrado. *Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco*. 2015.

PERRY, Stephen R. “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory,” *South Carolina. Law. Review*, 65 (1989), p. 913-994.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidade”, *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), p. 75-102.

POSTEMA, Gerald. “Some roots of our notion of precedent”, in Laurence Goldstein (org.), *Precedent in Law*, Oxford: Claredon Press, 1987.

POSTEMA, Gerald J. “Integrity: Justice in workclothes”, *Iowa L. Rev* 821 (1997).

POSTEMA, Gerald J. “On the moral presence of our Past”, *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill*, 36 (1991), p. 1153 – 1180.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

REIS, Luciana Silva. Direito e Método: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2013, p. 48.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORIVE, Isabelle. "Towards Principles of *Overruling* in a Civil Law Supreme Court", in T. Endicott, T; J. Getzeler, J; E. Peel. (Orgs.), *Properties of Law : Essays in Honour of Jim Harris*, p. 277-296, Oxford: Oxford University Press, 2006.

ROSS, Alf. *Directives and Norms*, London: Routledge, 1968.

SCHAUER, Frederick. "Stare decisis and the selection effect", in Cristopher J Peters, *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer (2013).

SCHAUER, Frederick. "Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?", *Georgia State University Law Review* 24 (2007), p. 381-401.

Frederick Schauer, "On treating unlike cases alike", *Constitutional Commentary* 33 (2018), p. 437-420.

Frederick Schauer, "Precedent", *Stanford Law Review*, v. 39 (1987), p. 571-591.

SCHWARTZ, Gary T. "New Products, Old Products, Evolving Law. Retroaclivity and Law", *New York University Law Review* 58 (1983), p. 796-818.

SEGAL, Jeffrey A; SPAETH, Harold J. "The influence of *stare decisis* on the votes of supreme court justices", 40 am. *J. Pol. Sci*. 971 (1996), p. 983-84.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais", in Fernando Alves Correia et al (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v.3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937.

SILVA, Virgílio Afonso. "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), p. 273 -301.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Deciding without deliberating", *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), p. 557-584.

SILVA, Virgílio Afonso. "De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal", *Direito, Estado e Sociedade* 47 (2015), p. 205-225.

SPRIGGS II, James F; HANSFORD, Thomas G. “Explaining the *Overruling* of U.S. Supreme Court Precedent”, *The Journal of Politics* 63 (2001) p. 1091-1111.

STEVENS, Katharina. Reasoning by precedent. Tese de Doutorado. Doutorado em Filosofia. *University of Windsor*, 2016.

STRAUSS, David A. "Must Like Cases Be Treated Alike?", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 24,(2002), p.2.

SUNDFELD, Carlos Ari; Henrique Motta Pinto. *Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira*. In: Vojvodic et al (Orgs.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARUFFO, Michele. “Institutional Factors Influencing Precedents, in Interpreting precedents”, p.459

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

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty:* An Institutional Theory of Legal Interpretation. Massachussetts: Harvard University Press, 2006

VERMEULE, Adrian. “The Judiciary Is A They, Not An It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division”, Contemporary Legal Issues 549 (2005), p.556.

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

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evora Lusci Costa. “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: Precedentes e processo decisório no STF”, *Revista direito GV* 5 (2009), p. 21-44.

WALDRON, Jeremy. “*Stare decisis* and the Rule of Law: A Layered Approach”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (2012), p. 11-75.

WANG, Peng-Hsiang. “Formal principles as second order reasons. Forthcoming”, in Martin Borowski et al. (orgs.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* Zum System Robert Alexys, Mohr Siebeck: 2016.