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

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 primeiro discuti o embrião deste texto: 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).

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 compreensão pelas minhas escolhas profissionais e acadêmicas, bem como à acolhida e ao incentivo em momentos nos quais as ideias simplesmente não queriam sair.

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 Hübner Mendes. As discussões políticas e acadêmicas proporcionadas pelos encontros do grupo me tornaram um pesquisador com maior rigor metodológico e um ser político com mais ciente das opressões e desigualdades do ambiente acadêmico. Agradeço em especial aos meus colegas e às minhas colegas que tornaram o ambiente, para além de academicamente fértil, humanamente acolhedor: Amanda Melillo, Ana Laura Barbosa, Ana Clara Pamplona, Artur Péricles, Bonifácio Andrada, Carolina Marinho, Cecília Barreto, Filipe de Gaspari, João Pedro Lima, Juliana Chan, Lívia Guimarães, Luiz Fernando Esteves, Marina Gibson, Milene Santos, Nikolay Bispo, Fernanda Mascarenhas, Rodrigo Nitrini e Peter Panutto.

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. Seja em espaços como o PósDebate ou nas próprias disciplinas, pude encontrar interlocutores competentes e honestos para debater minhas ideias sobre cortes constitucionais, direitos fundamentais e direito constitucional. Gostaria de agradecer aos colegas que de muito boa vontade leram versões preliminares de alguns capítulos do meu

trabalho e apontarem críticas essenciais ao desenvolver da pesquisa: João Sgarbi, Nicola Tommasini, e em especial à Paula Gorzoni e ao Guilherme Palu, a quem aperreei 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 que muito me ensinaram sobre gestão acadêmica e educação jurídica: Luciana Ribas, Cecília Barreto, Karina Dennari, Maria Claudia Couto, e em especial à Clara, Fábio Durço, Raquel Favatto e Thiago Mathias, que compunham a equipe com quem dividi maior parte do meu trabalho no GVlaw.

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* -, 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 especialmente aos meus colegas e minhas colegas que ajudam a aprimorar um curso com cada vez mais balbúrdia.

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 de Beatriz Kira, Bruno Harllen, Luigi Barbieri, Pedro Arcain e Matheus Silveira de Souza. Vocês foram essenciais para uma caminhada leve, cheia

de alegrias, e 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 ainda 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 companheirismo e 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 longe minha jornada, vindo de quando em vez me encher de alegria com suas visitas e calor humano. A Artur, Dalton, Gustavo, Maria Clara, Rodrigo, João Vitor e Leôncio, agradeço por terem se feito presentes mesmo à distância. Bons amigos que Natal já me dava se tornaram irmãos e pontos de apoio em São Paulo, a Pablo Roberto e a João Henrique Félix, é uma alegria viver e dividir a intensidade da vida paulistana com vocês.

O agradecimento mais importante é para minha família. Aos meus pais Fabíola e Jorge eu agradeço por me ajudarem a atravessar esse processo que para mim foi mais que um sonho, e sim um plano de vida. Mesmo muitas vezes sem entender muito bem o que eu estava pesquisando ou com o quê eu estava trabalhando, em nenhum segundo me faltou apoio para que seu perseguisse minhas próprias escolhas. A vocês, tudo. Contei com o apoio inestimável de outros 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 tia Cléber me deram carinho, tranquilidade e apoio essenciais para iniciar o proceso. Nos últimos seis meses de escrita, o retorno a Mossoró me colocou ainda mais próximo de meus avós Célia e Luiz. É em grande parte ao apoio e amor deles que pude ter tranquilidade para escrever na reta final.

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 pricínpios 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 Direito 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 15
1.1 PERGUNTA E ARGUMENTOS DA TESE 15
1.2 JUSTIFICATIVA 17
1.3 RECORTE TEMÁTICO 19
1.4 OBJETIVOS GERAL E ESPECÍFICOS 21
1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO 22
1.6 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES 23
1.6.1 O que são precedentes constitucionais? 23
1.6.2 Precedentes constitucionais e julgamentos de casos abstratos 27
1.6.3 O que é superar precedentes constitucionais? 30
1.6.4 Superação de precedentes e gestão da incerteza no direito 32
1.6.5 Problemas jurídicos provisoriamente definidos e problemas jurídicos inéditos. 35
1.6.6 O que sobra a uma proposta normativa de caráter argumentativo para superação de precedentes? 38
2 A AUTORIDADE PARCIALMENTE INDEPENDENTE DO CONTEÚDO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: RAZÕES ESPECIAIS E PRINCÍPIOS FORMAIS 41
2.1 APRESENTANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS 42
2.2 REFINANDO A TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS: TIPOLOGIA DA AUTORIDADE HORIZONTAL DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS 44
2.3 TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS E PRECEDENTES COMO PRINCÍPIOS FORMAIS 49
2.3.1 Aprofundando o conceito de princípios formais na teoria dos princípios 49
2.3.2 Princípios formais e a autoridade de precedentes constitucionais 52
2.4 MANIFESTAÇÕES PRÁTICAS DA TESE DAS RAZÕES ESPECIAIS EM CORTES CONSTITUCIONAIS 54
2.4.1 Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a superação de precedentes . 55
2.4.2 House of Lords 61
2.4.3 Supremo Tribunal Federal e autoridade horizontal de precedentes 63
2.5 CONCLUSÃO PARCIAL 77
3 ANALISANDO OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA A AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS 81

3.1 DOIS MODELOS PARA JUSTIFICAR O QUE É UMA DECISÃO NORMATIVAMENTE CORRETA 83
3.2 AUTORIDADES TEÓRICAS E PRECEDENTES HORIZONTAIS 85
3.3 ISONOMIA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TRATAR CASOS SEMELHANTES DE MANEIRA SEMELHANTE 87
3.4 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: CONTROLE DA INCERTEZA E CONTROLE DOS IMPACTOS DAS MUDANÇAS INTERPRETATIVAS 91
3.4.1 Precedentes e controle da previsibilidade: juízos de erro e graus de incerteza do direito 93
3.4.2 Controle dos impactos das mudanças de posições jurídicas 101
3.5 CONCLUSÃO PARCIAL 112
4 CONTESTAÇÃO A PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: TIPOS E GRAUS DE INCERTEZA NA CONFORMAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL 114
4.1 CONSTRUINDO JUÍZOS DE ERRO: DESACORDOS INTERPRETATIVOS E DESACORDOS NÃO INTERPRETATIVOS 116
4.1.1 Desacordos interpretativos 118
4.1.2 Desacordos não interpretativos 130
4.2 DOS TIPOS DE ERRO O AOS GRAUS DE INCERTEZA QUANTO AO ERRO: CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EPISTÊMICA 139
4.2.1 Graus de incerteza epistêmica e discricionariedade do legislador 139
4.2.2 Incerteza epistêmica e discricionariedade judicial na superação de precedentes 142
4.2.3 Como inserir as incertezas empíricas e normativas na racionalização da superação de precedentes? 144
4.3 CONCLUSÃO PARCIAL 147
5 PRINCÍPIOS FORMAIS, MODELOS DE SOPESAMENTO E RACIONALIZAÇÃO DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES 149
5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS MATERIAIS 151
5.2 MODELOS DE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS FORMAIS 154
5.2.1 Modelos de sopesamento de nível único 155
5.2.2 Modelos de sopesamento de dois níveis 157
5.3 SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS FORMAIS E MATERIAIS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS 165

5.3.1 Como determinar o peso dos precedentes constitucionais? marcadores de incertezas empíricas e normativas 165
5.3.2 Definindo o peso de precedentes constitucionais: análise de casos 170
5.3.3 Como inseria precedentes constitucionais na estrutura formal do sopesamento? 179
5.3.4 Modelo misto ou combinado e superação de precedentes 185
5.4 CONCLUSÃO PARCIAL 189
6. CONCLUSÕES 193

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: o debate sobre quando cortes constitucionais devem manter ou superar seus próprios precedentes. Analisando a autoridade horizontal dos precedentes na jurisdição constitucional,[1] a pesquisa questiona como controlar racionalmente a argumentação em casos nos quais se discute a superação de decisões anteriores em cortes constitucionais.[2]

O que a tese pressupõe que há duas respostas tão extremas quanto insuficientes para responder à pergunta colocada pela tese: é equivocado afirmar que cortes constitucionais não poderiam jamais modificar seus posicionamentos anteriores,[3] mas também soa igualmente

---

[1] A dimensão horizontal diz respeito à influência que decisões anteriores de um juízo ou de uma corte exercem sobre o próprio juízo. Pretende a investigação, como se lê, centrar-se na dimensão horizontal dos precedentes dentro de Supremo Tribunal Federal. 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* verticall) 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 mobilizada. 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.

[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 House of Lords do Reino Unido durante parte considerável do século XX, antes 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

errôneo defender que tais tribunais deveriam reverter suas posições sempre que acreditem ter errado em suas definições interpretativas previamente estabelecidas.[4] É desvelando as nuance 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.[5] Ou seja, a autoridade horizontal de precedentes constitucionais se justifica porque cortes do presente podem estar mergulhadas em incertezas epistêmicas sobre quais respostas constituições determinam para solucionar colisões de direitos fundamentais. Se a tese jurídica do precedente for uma das respostas possíveis dentro das várias que a discricionariedade judicial epistêmica possibilita, esta tese deve ser mantida e não pode ser substituída por outra tese que também ocupe o terreno da discricionariedade.

O segundo argumento tem natureza mais metodológica e decorre da necessidade 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 controlar definir se precedentes estão ou não dentro da zona de discricionariedade judicial e, por 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 a sua autoridade serão reguladas racionalmente por operações de sopesamento.

---

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 ritérios 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.>

[5] 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.

Este é, pois, é um trabalho de teoria normativa. Ao 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 não usualmente derrotam a autoridade de suas decisões via razões ou justificações não controláveis racionalmente[6]. Em um nível teórico, não existem esforços para relacionar os fundamentos da autoridade de precedentes horizontais com a possibilidade de controlar a contestação a tal autoridade pelas ferramentas analíticas e normativas da teoria dos princípios. O projeto possui a pretensão, então, de conectar esforços bem desenvolvidos, mas até aqui apartados pela teoria constitucional.

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 por que atualmente o *overruling* 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 (STJ).[8] A desconfiança da investigação é de que os fundamentos normativos para a autoridade horizontal dos precedentes judiciais seria insuficiente para orientar o diálogo entre decisões do passado e do presente na jurisdição constitucional, devendo-se por isso

---

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

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

[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.

buscar princípios e diretivas próprias que orientem a superação nesse específico espaço institucional.

A premissa que origina essas exigências e desafios específicos é a de que, diante da rediscussão de um tema constitucional sobre o qual já decidiu, a pergunta que cortes constitucionais se fazem 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 rediscussão de determinado problema jurídico.

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 uma razões superiores capazes de vencer a posição jurídica anterior, mas ainda assim não modificar tal conclusão 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 própria modificação. Ainda que julgadoras acreditem que a decisão anterior foi um erro ou que interpretou de maneira subótima determinada lei, a fidelidade à determinado valor normativo justificaria a manutenção do quadro interpretativo.[9]

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.[10] 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.[11] 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.[12] Assim, o precedente só parecer ter sua normatividade considerada quando é útil

---

[9] A discussão sobre qual ou quais valores políticos ou jurídicos podem legitimar a manutenção de decisões avaliadas como equivocadas será tratada em capítulo específico da tese.

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

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

[12] 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.

ao alcance de determinada preferência decisória. O fenômeno finda por convolar-se em fonte 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).*[13] 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).*[14] 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.[15]

Existem esforços acadêmicos que transitam entre as duas dimensões descritas.[16] 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

---

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

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

[15] 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.

[16] 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 trata-se de um problema-dilema que não é manejável via "soluções eureka",[17] ou seja, respostas definitivas capazes de pacificar ou eliminar o debate colocado. Ao invés de respostas estabilizantes, tais tipos de problemas são melhor aproximados se os enxergamos como questões com as quais se tem de conviver em um permanente diálogo prático com vistas a alcançar as condições para encontrar outras respostas possíveis. 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.

Por fim, o recorte da pesquisa lança seu foco da 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 a 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 anterior e de seus fundamentos pode ter variadas origens, indo desde a existência de pressão social, passando pela influência exercida pelos próprios membros do tribunal entre si, ou mesmo pelo acanhamento institucional operado por outros poderes políticos.

O fato de que um tribunal está a analisar de forma expressa casos de superação de precedentes também não quer dizer que sejam aquelas as razões reais que estão levando o tribunal a modificar ou manter determinada posição. Trabalhos empíricos, do direito ou da ciência política, podem ser capazes de demonstram que precedentes são mais comumente

[17] 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.

superados quando sofrem críticas ou reações institucionais do Executivo, por exemplo. O fato é que, principalmente em caos de relevo, essas motivações extra jurídicas 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:[18]

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

[18] 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>.

superados ou não? A necessidade de responder a essa questão deriva da suposição de que de argumentos de naturezas diferentes e baseados em graus de certeza diversas implicam em desafios específicos a uma teoria normativa para superação de precedentes;

(iii) Definir parâmetros e metodologias argumentativas para avaliar a correção da 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 buscar 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 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 uma 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 estarão sustentados por graus variados de incerteza epistêmica. Ou seja, argumentações de cortes do presente que pretendem mostrar que precedentes estão equivocadas 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 que interpreta direitos fundamentais 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 a 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 implícitos 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.[19] 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.[20] Ao não se comprometer com nenhuma das várias teorias

---

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

[20] Exemplo 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

sobre a categoria, o ganho imediato é abarcar a análise das diversas formas com que as personagens jurisdicionais 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.[21]

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 fixa e fortalece sua jurisprudência sobre questões semelhantes envolvendo direitos fundamentais.[22] 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.

---

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.

[21]"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.

[22] "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.

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; 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. 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 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. [23]

A autora dá a entender, pois, que quando a decisão do STF está sendo observado 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

[23] Adriana Vojvodic, “Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal”, p.147.

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.[24]

As constatações de Vojvodic importam de forma especial à definição de trabalho que a tese concederá aos precedentes constitucionais. 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 o STF realiza uma derrogação expressa da norma judicial até então válida, faz-se necessário trabalhar com um conceito pós-positivo de precedente judicial.[25] Neste contexto os precedentes constitucionais horizontais trabalhados 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 à determinada colisão entre direitos fundamentais resolvida no passado

---

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

[25] 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) e a tese da autonomia do direito em relação à moral, que pressupõe a inexistência de uma conexão necessária entre direito, política e moral. Superadas a primeira tese, acolhe-se um conceito de fontes jurídicas que não se escora somente na institucionalidade. É dizer, embora a positividade não merece 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. Thomas Bustamante, *Teoria do precedente judicial*, p. 167.

e referente a um específico âmbito de aplicação; e esta norma possui caráter *prima facie* pois é passível de ser derrotada argumentativamente.[26]

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 otimizaçãoes de conteúdos substantivos como igualdade, liberdade de reunião ou liberdade de imprensa, os princípios formais otimizarão decisões jurídicas tomadas por determinada autoridade de forma independentemente de seus conteúdos.[27]

A definição de precedentes judiciais como princípios formais não é exclusividade ou inovação da tese.[28] A função mais discutida dos princípios formais dentro da teoria dos princípios, contudo, não diz respeito a forma como precedentes judiciais podem conter ou controlar a atividade de uma corte do presente em face de uma corte do passado, mas sim relacionam-se 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 vistos 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 diretamente a discricionariedade do legislador, mas sim a discricionariedade judicial das julgadoras e das intérpretes jurisdicionais da constituição para modificar decisões previamente estabelecidas. Esta tarefa, por óbvio, demandará da tese escrutinar 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

---

[26] 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

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

[28] 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.

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 afirmamos que em 2008, ao julgar em conjunto os Recursos Extraordinários (REs) nº 349.703, n 466.343 e o Habeas Corpus (HC) nº 87.585[29] o STF revogou sua posição anterior estabelecida em 1996 no Habeas Corpus nº 72.131[30] 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 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 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 o Pacto de San Jose da Costa Rica foi uma das razões para a alteração do entendimento.

O delineamento deste conceito de precedente para tese leva em consideração principalmente dois aspectos relacionados ao próprio recorte em que a teoria normativa a ser proposta se localiza: (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 pela jurisdições constitucional.

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 ser apenas uma questão de aplicação, demandando necessariamente um discurso de justificação[31]. 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.

---

[29] HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.
[30] HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995.
[31] Robert Alexy, "Justification and application of norms", *Ratio Juris* 6 (1993), p. 157-170, p. 169.

Em relação às especificidades da operação com precedentes na jurisdição constitucional, mais merece ser colocado. 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.[32] 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.[33] 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, 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. A primeira é o papel que o modelo da similaridade reserva ao caso presente na argumentação com precedentes. 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. A segunda é que não há necessidade de que o caso

[32] Katharina Stevens, *Reasoning by precedent*, p. 14.
[33] Katharina Stevens, *Reasoning by precedent*, p.16.

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.

Dentro da divisão que nos é apresentada por Stevens, a concepção de precedente constitucional que serve como *working concept* à tese filia-se à perspectiva da similaridade. Essa perspectiva supre duas necessidades que a análise de precedentes na jurisdição constitucional requer. A primeira decorre do reconhecimento que 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, de partida, não estão aplicadas a nenhuma 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.

A segunda necessidade é a de pôr luz sobre a responsabilidade das julgadoras do presente na argumentação com precedentes. É cada vez mais difícil se opor ao fato de que não só o STF, mas todo o Judiciário enquanto poder da República, 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[34] é construído (normogênese), atentando-se para os desafios e possíveis disfuncionalidades de um sistema no qual a co-legislação entre cortes e parlamentos é enxergada como premissa[35].

1.6.3 O que é superar precedentes constitucionais?

Assim conceituado o que é o precedente constitucional para 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

[34] 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.

[35] Reconhecer que cortes, assim como parlamentos, constroem o direito não implica que o material normativo oriundo dos dois poderes seja idêntico ou que possuam uma mesma natureza. A premissa da co-legislação 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.

fundamentos anteriormente construídos para sustentar a posição que até então solucionava determinada questão jurídica.

A superação de precedentes para a tese é, assim, um tipo de derrotabilidade interpretativa, ou seja, representa a revogação de uma norma que havia sido atribuída à 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 argumentativa 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.[36]

Bem conceituar o *overruling* também passa por diferenciá-lo do *distinguishing*. Embora ambas as técnicas possam ser classificadas como formas de se afastar justificadamente a aplicação de um precedente judicial (*judicial departures*),[37] o trabalho compreende que a maneira pela qual o afastamento se dá em cada uma delas se diferencia substancialmente.[38] 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 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 mais se discute se a norma lá construída incide ou não, mas sim deve-se ingressar em um juízo de justificação sobre a própria superação da norma atribuída. Utilizando a distinção já abordada acima, as questões envolvendo *distinguishing* ingressariam nos estudos sobre a amplitude da aplicação de precedentes

---

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

[37] 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.

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

(*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.[39] Ainda assim, a incerteza sobre o que o direito comanda – ordena, garante, proíbe ou faculta – é ínsita ao fenômeno jurídico. Isso não ocorre apenas por que o direito se manifesta por meio da linguagem, que conterá necessariamente vaguezas e ambiguidadades, mas por que diferentes concepções de Estado de Direito promoverão e incentivarão de formas distintas a indeterminação do conteúdo do direito enquanto valor político e jurídico.[40] Essa afirmação não é infirmada pelo fato de que esse mesmo Estado de 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.

Para melhor visualizarmos como o ordenamento jurídico transita entre a promoção da incerteza e da estabilidade, basta exemplificar ser a estabilização do conteúdo do direito perseguida por institutos processuais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que persegue a uniformização de tratamentos díspares que órgãos do Judiciário podem atribuir à mesma questão, ou mesmo em ações constitucionais como a Reclamação Constitucional, que busca garantir que as interpretações do STF sejam seguidas por instâncias inferiores. Por outro lado, a incerteza é institucionalmente incentivada do momento em que se concede contraditório e ampla defesa às partes de um processo cível ou criminal à permissão da 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. A questão que se coloca a partir daqui é a seguinte: até que ponto pode-se promover a estabilidade da aplicação do direito?

Em *Incerteza, Jurisdição e Estado de Direito*, Arguelhes, Falcão e Schuartz diferenciam dois tipos de incerteza quanto a definição do conteúdo do direito: a incerteza

---

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

[40] 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.

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.[41] 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 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 do fenômeno jurídico, ou seja, da incapacidade do direito fornecer uma resposta definitivamente correta para parte dos problemas jurídicos.[42] Teorias baseadas em um ideal

---

[41] Isso não significa, na visão dos autores, que o direito sirva para se amoldar a toda e qualquer expectativas 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.

[42] 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

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 interpretação do direito.

A aplicação dos tipos de incerteza desenhados no texto de Arguelhes, Falcão e Schuartz 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 entra 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 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 incertezas será essencial para confeccionar as posturas normativas que o trabalho recomendará. Em certa medida, o que pretende a tese 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 que trabalhada no texto de Arguelhes, Falcão e Schuartz.

Para Dworkin, dizer ser incerto que uma determinada proposição jurídica é verdadeira ou falsa é uma afirmação diferente de afirmar 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.[43]

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

---

aos problemas jurídicos sejam também indeterminados. Joaquim Falcão, Luís Fernando Schuartz, Diego Werneck Arguelhes, "Jurisdição, Incerteza e Estado", p.95.

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

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.[44]

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.[45] 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 provisoriamente definidos e problemas jurídicos inéditos

O objeto da pesquisa são problemas jurídicos que contam com precedentes estabelecidos ou, como denominarei, *problemas jurídicos provisoriamente definidos*. Essa nomenclatura pretende pôr luz à 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 provisoriamente 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 termo

---

[44] Ronald Dworkin, “Indeterminacy and Law”, p. 4.

[45] “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.

provisoriamente acrescenta, por óbvio, que a resolução da questão jurídica em determinado sentido não implica a imutabilidade da solução encontrada. Há, pois, referência aos limites da 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 provisoriamente 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 provisoriamente definidos está em jogo.[46] 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 essa 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 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 sobre os direitos da autonomia e da 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 modalizam a forma de argumentação ou de fundamentação das decisões etc. Além disso,

---

[46] As definições terminológicas *problemas jurídicos provisoriamente 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>.

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 que a corte já 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, por exemplo, 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. Uma discussão só será considerada de segunda impressão, 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 provisoriamente 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 várias leituras constitucionais possíveis não pode ser o mesmo que leva uma corte do presente a escolher alguma das outras interpretações constitucionais disponíveis.[47]

Ceder à autoridade horizontal de precedentes judiciais significa dizer que cortes podem alcançar resultados diferentes a depender se uma questão jurídica está sendo decidida por meio de uma discussão inédita ou não. A existência do precedente implica não apenas que a forma como cortes constitucionais irão argumentar para decidir questões jurídicas tenha de 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

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

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 fundamentem a autoridade horizontal dos precedentes devem ser aptos a justificar o fato cortes manterem, em discussões de casos provisoriamente definidos, decisões do passado com as quais eles podem discordar 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.[48] A presente investigação pretende demonstrar como produtos confeccionados dentro da própria institucionalidade do tribunal – precedentes judiciais – 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 se definiu 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, cedem à gramática diversa. Há um senso comum no direito de que não pode haver uma eternização das discussões jurídicas, devendo a definição

---

[48] 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.

sobre o que o direito obriga, permite, garante ou proscreve contar com certa estabilidade. Como, então, fugir da eternização das controvérsias jurídicas? A tese aposta 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.[49] 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 julgadoras do presente, mesmo em jurisdições nas quais precedentes são parcela incontornável da cultura argumentativa jurídica há tempos estudos empíricos indicam a incapacidade da autoridade precedental direcionar julgamentos.

Admitir a incapacidade de que o direito ou fatores jurídicos sejam a única motivação de juízas e cortes ao decidir casos de superação de precedentes judiciais é assumir a real motivação das agentes a quem a teoria normativa se direciona. 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 certos.[50] Diante deste cenário, como uma teoria normativa com foco nos aspectos argumentativos do *overruling* em cortes constitucionais poderia auxiliar a racionalização da prática jurídica diante da constatação de que não é a autoridade das decisões anteriores que orienta de forma plena a tomada de decisão judicial?

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

---

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

[50] "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.

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 reanalisar uma questão jurídica já decidida. Em segundo plano, há indeterminação sobre a correção ou não dos argumentos 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.

Do ponto de vista argumentativo, é sobre esse segundo nível que a presente tese se debruçará. O trabalho direcionará seus esforços a 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. 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.

6. CONCLUSÕES

Esta tese buscou responder a 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 porque 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 enquanto 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 tem sua força em parte desatrelada do conteúdo substantivo das teses jurídicas veiculadas nos próprios precedentes, entendo que o conceito princípios formais se adequa 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 *House of Lords* do Reino Unido e o Supremo Tribunal Federal. A conclusão foi 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 inexistir 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 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 constituição implicam, pois, em 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 este 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 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 epistêmica 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 autorizados 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 presentem não consigam comprovar que suas teses 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 que situações

de superação de precedentes devem ser reconstruídas enquanto 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, a tese argumentou 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 que forçam a atribuição dos pesos que cortes do presente concedem às variáveis constantes em um sopesamento a se aproximar dos pesos que cortes do passado atribuíram às próprias variáveis.

Para que a proposta atendesse às exigências lógicas da estrutura formal do sopesamento, criei um modelo que atribuiu 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 permitidos 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 que a tese concebe 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 o precedente não 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.

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.