

PRINCÍPIOS FORMAIS E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES EM CORTES CONSTITUCIONAIS

*FORMAL PRINCIPLES AND OVERRULING PRECEDENTS IN CONSTITUTIONAL
COURTS*

*PRINCIPIOS FORMALES Y SUPERACIÓN DE PRECEDENTES EN TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES*

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Túlio de Medeiros Jales¹

Universidade de São Paulo

<https://orcid.org/0000-0002-5187-984X>

RESUMO

Contextualização: 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. Este artigo mergulhará em uma específica discussão que vem sendo continuamente informada e conformada pela relação conflituosa entre os valores normativos da correção e da previsibilidade no discurso jurídico: quando cortes constitucionais devem manter ou superar seus próprios precedentes? A análise focará na dimensão horizontal da autoridade dos precedentes na jurisdição constitucional, ou seja, na influência que as decisões anteriores de uma corte exercem sobre a própria instituição.

Objetivo: Discutir como a contestação à autoridade de precedentes constitucionais pode ser controlada argumentativamente, isto é, busca definir parâmetros e metodologias argumentativas para avaliar a correção das superações de precedentes em cortes constitucionais.

¹ Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5187-984X>. Contato: tuliojales@gmail.com.

Metodologia: A pesquisa utiliza o método indutivo e uma revisão de literatura.

Resultados: Há várias considerações na administração da justiça criminal na Índia que devem ser cumpridas ao se conceder a pena de morte. A demora na execução das sentenças capitais viola os direitos humanos básicos, pois os condenados vivem com o terror da morte. A ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes é crucial para a confirmação da pena de morte pelo Supremo Tribunal da Índia.

Palavras-chave: Superação de precedentes constitucionais; Princípios formais; Discricionariedade judicial; Incerteza decisória.

ABSTRACT

Contextualization: The adjudication of fundamental rights is surrounded by tensions that put normative objectives of complex conciliation against each other. The dispute between the vocation of constitutional courts to correctly interpret fundamental rights in light of the constitution and the need of these same courts to control the predictability of the content of such rights is one of these tensions. This tension resonates in a number of debates in constitutional theory and legal theory. This paper will delve into a specific discussion that has been continuously informed and shaped by the conflicting relationship between the normative values of correctness and predictability in legal discourse: when should constitutional courts maintain or overcome their own precedents? The analysis will focus on the horizontal dimension of the authority of precedents in constitutional jurisdiction, that is, on the influence that a court's previous decisions exert on the institution itself.

Objective: To discuss how the challenge to the authority of constitutional precedents can be controlled argumentatively, that is, to define parameters and argumentative methodologies to evaluate the correctness of the overruling of precedents in constitutional courts.

Methodology: It was used the methodology provided by the theory of principles, applying the model to two decisions of the Brazilian Supreme Court.

Results: The article presented an argumentation model that aims to rationalize the overruling of precedents in situations where present courts are uncertain about what the constitution obligates, prohibits, or permits, and therefore, are unsure if past decisions correctly resolved a clash of fundamental rights. Using the methodology provided by the theory of principles, it is argued that the binding nature of precedents can be seen as a formal principle, which allows for a rational evaluation of the belonging of a given norm to the zone of judicial discretion based on a process of assigning weight to the authority of the precedent. Finally, the model is tested by applying it to two decisions of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Overruling constitutional precedents; Formal principles; Judicial discretion; Interpretative uncertainty.

RESUMEN

Contextualización: La adjudicación de derechos fundamentales está rodeada de

tensiones que confrontan objetivos normativos de compleja conciliación. La disputa entre la vocación de los tribunales constitucionales de interpretar correctamente los derechos fundamentales a la luz de la constitución y la necesidad de estos mismos tribunales de controlar la previsibilidad del contenido de tales derechos es una de esas tensiones. Esta tensión resuena en varios debates de teoría constitucional y teoría jurídica. Este artículo se adentrará en una discusión específica que ha sido continuamente informada y moldeada por la relación conflictiva entre los valores normativos de la corrección y la predictibilidad en el discurso jurídico: ¿cuándo los tribunales constitucionales deben mantener o derogar sus propios precedentes? El análisis se centrará en la dimensión horizontal de la autoridad de los precedentes en la jurisdicción constitucional, es decir, en la influencia que las decisiones previas de un tribunal ejercen sobre la propia institución..

Objetivo: Discutir cómo se puede controlar argumentativamente el desafío a la autoridad de los precedentes constitucionales, es decir, definir parámetros y metodologías argumentativas para evaluar la corrección de las superaciones de precedentes en cortes constitucionales.

Metodología: Se utilizó la metodología proporcionada por la teoría de los principios, aplicando el modelo a dos decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Resultados: El artículo presentó un modelo de argumentación que pretende racionalizar la superación de precedentes en situaciones en las que los tribunales actuales tienen dudas sobre lo que la constitución obliga, prohíbe o faculta y, por lo tanto, están inciertos si la decisión del pasado resolvió correctamente una colisión de derechos fundamentales. A partir de la metodología proporcionada por la teoría de los principios, se sostiene que la propiedad vinculante de los precedentes puede ser vista como un principio formal, lo que permite evaluar racionalmente la pertenencia de determinada norma a la zona de discrecionalidad a través de un proceso de asignación de peso a la autoridad del precedente. Finalmente, se prueba el modelo aplicándolo a dos decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Palabras clave: Derogación de precedentes constitucionales; Principios formales; Discrecionalidad judicial; Incertidumbre decisoria.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre precedentes judiciais² podem ser divididos em duas grandes classes. Uma primeira investiga a amplitude ou o alcance da definição de precedente (*precedential scope*).³ Incluem-se aqui, por exemplo, pesquisas sobre quais parcelas da decisão poderiam ser consideradas vinculantes ou discussões a respeito de como semelhanças e diferenças fáticas e jurídicas influenciam a aplicabilidade de decisões anteriores a novos casos. Uma segunda classe está voltada às discussões sobre a dinâmica e os efeitos da propriedade vinculativa dos precedentes (*precedential strength*). Aqui o interesse é decifrar as propriedades da autoridade de tais decisões, ou seja, como elas se

² O artigo conceitua precedentes como decisões anteriores que funcionam como modelos argumentativos para decisões futuras. MACCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert. Introduction. In MACCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Vermont: Aldershot- Ashgate, 1997, p.1-2.

³ KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. **Michigan Law Review**, v. 113, p.179-230, 2014.

impõem argumentativamente e institucionalmente dentro do sistema jurídico.

Este artigo 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. O trabalho objetiva discutir como a contestação à autoridade de precedentes constitucionais pode ser controlada argumentativamente, isto é, busca definir parâmetros e metodologias argumentativas para avaliar a correção das superações de precedentes em cortes constitucionais.

A pesquisa perseguirá seu objetivo ao tentar responder a duas perguntas relacionadas à discussão sobre a superação de precedentes em cortes constitucionais. A primeira, de caráter normativo, questiona *quando* cortes constitucionais do presente (C2) devem superar precedentes estabelecidos por cortes constitucionais do passado (C1) que são avaliados como equivocados. Para os fins deste artigo, a categoria *decisão equivocada* deve ser compreendida em um sentido amplo, abarcando desde decisões de C1 avaliadas por C2 como inadequadas, não ideais ou sub-ótimas, mas permitidas pelas constituições, até decisões anteriores consideradas frontalmente contrárias ao texto constitucional.

O artigo argumentará que o fato de C2 entender que a norma jurídica estabelecida por C1 em um precedente é equivocada, pode não ser suficiente para autorizar a superação desta decisão anterior. Segundo o argumento desenvolvido pelo artigo, a decisão por manter ou superar precedentes equivocados demanda avaliar em que medida a norma do precedente se encontra ou não dentro da zona de discricionariedade judicial que as constituições concedem às cortes constitucionais.⁴ Caso a norma estabelecida por C1 esteja dentro do âmbito da discricionariedade judicial, a decisão do passado deve ser mantida ainda que C2 a avalie como inadequada, não ideal ou sub-ótima.

Parte-se de uma perspectiva pós-positivista que permite analisar a força de precedentes não apenas pelo seu caráter autoritativo, mas também pelo seu aspecto argumentativo.⁵ Utilizar ou não precedentes deixa de ser apenas uma questão de aplicação, demandando necessariamente um discurso de justificação argumentativa que pretenda legitimar o conteúdo do precedente como correto.⁶ 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.

A segunda pergunta, de cariz metodológico, questiona *como* podemos avaliar de maneira racional se a norma estabelecida por um precedente está ou não dentro da zona de discricionariedade judicial. O artigo aposta que esta avaliação pode ser feita com base nas ferramentas analíticas da teoria dos princípios, recorrendo especificamente à

⁴ Como será explorado, existe discricionariedade judicial sempre que cortes constitucionais estão diante de incertezas empíricas ou normativas sobre o que a constituição lhes ordena, proíbe ou faculta, podendo em tais casos escolher uma dentre várias interpretações autorizadas pela constituição.

⁵ Robert Alexy, "Justification and application of norms", *Ratio Juris* 6 (1993), p. 157-170, p. 169.

⁶ Adota-se, pois, um conceito de argumentação jurídica explicitamente atrelado à pretensão de correção, consistindo a argumentação em um procedimento racional, discursivo e intersubjetivo o qual intenta legitimar decisões jurídicas.

categoria dos *princípios formais*. O argumento é o de que a autoridade horizontal⁷ exercida por precedentes constitucionais pode ser reconstruída enquanto um princípio formal, que denominarei de *princípio formal da vinculação a precedentes constitucionais*. Esta reconstrução possibilitará medir a força vinculante dos precedentes a partir de uma análise do peso de sua autoridade horizontal. A depender do peso que esta autoridade horizontal possua, há maiores ou menores chances de a norma estabelecida pelo precedente estar dentro da zona de discricionariedade judicial concedida pela constituição.

Será argumentado que a racionalização deste processo de atribuição de peso pode ser alcançada por meio da análise de marcadores que tentam captar os níveis das *incertezas empírica e normativa*, que rodeiam a decisão tomada no passado. A partir da análise destes marcadores, precedentes podem ser classificados como *certamente autorizados pela constituição* (autoridade com peso máximo), *possivelmente autorizados pela constituição* (peso médio) ou *não evidentemente proibidos pela constituição* (peso mínimo).

O modelo metodológico urdido pelo artigo para a atribuição de peso à autoridade de precedentes será testado ao ser aplicado a duas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), os HCs nº 126.292 e 84.079. A relevância da discussão em torno das constantes alterações de posicionamento do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena estabelecida em sentença penal condenatória da execução provisória de sentenças penais é a razão que explica a escolha por trabalhar especificamente com estas duas decisões da corte.

Em um plano prático, a pesquisa se justifica diante da paradoxal situação em que se encontram cortes constitucionais como o STF. Tais cortes expressam estima em respeitar seus próprios precedentes, mas normalmente derrotam a autoridade de suas decisões via razões ou justificações não controláveis racionalmente.⁸ Em um nível teórico, não existem esforços para relacionar a discussão sobre os fundamentos normativos da autoridade de precedentes horizontais com a possibilidade de controlar a contestação a tal autoridade pelas ferramentas analíticas e normativas da teoria dos princípios. O artigo pretende, então, conectar eixos teóricos já bem desenvolvidos dentro da teoria constitucional, mas que até aqui não se comunicavam de maneira explícita, para buscar solucionar a ausência de controle argumentativo na superação de precedentes. .

1. CONCEITO E FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A formulação de direitos fundamentais como princípios a serem otimizados leva

⁷ A dinâmica da autoridade de precedentes é identificada em algumas jurisdições, como a americana ou a britânica, pela categoria do *stare decisis*. Embora suas características possam variar entre as jurisdições que a reconhecem, em geral se entende que a doutrina do *stare decisis* obriga que unidades jurisdicionais hierarquicamente inferiores sigam precedentes de cortes superiores (*stare decisis* vertical) ou que unidades jurisdicionais temporalmente posteriores mobilizem razões especiais para decidir em desconformidade com um precedente (*stare decisis* horizontal). Embora a pesquisa se volte especificamente à discussão do que se convencionou chamar *stare decisis* horizontal, o artigo opta por não utilizar o termo *stare decisis* para se referir à autoridade horizontal de precedentes no Brasil, reservando sua mobilização às realidades jurisdicionais em que ela é comumente utilizada, e jurídica às decisões das cortes superiores, especificamente do Supremo Tribunal Federal (STF).

⁸ BURTON, Steven J. The conflict between Stare decisis and overruling in constitutional adjudication. **Cardozo Law Review**, v.35, p.1687-1703, 2014, p. 1688.

Robert Alexy a conceber a máxima da proporcionalidade como forma de analisar racionalmente se as intervenções em direitos fundamentais são justificadas ou não. Nos termos da teoria dos princípios de Robert Alexy, princípios são razões *prima facie* que exigem a otimização de seus conteúdos na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas do caso.⁹

A máxima da proporcionalidade é composta por três etapas, ou três máximas parciais: o exame da adequação, o exame da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as etapas da adequação e da necessidade avaliam a otimização dos princípios em relação às possibilidades factuais (relações meio-fim), a etapa da proporcionalidade em sentido estrito analisa a otimização em relação às condicionantes jurídicas, especificamente em relação aos princípios colidentes. A proporcionalidade em sentido estrito é operacionalizada por meio do sopesamento entre princípios. O sopesamento é uma forma de argumentação racional que tem como estrutura formal a fórmula do peso.

Assim como processos argumentativos que interpretam regras se fiam na estrutura formal do método dedutivo, processos que interpretam princípios devem se fiar na estrutura da fórmula do peso:

$$P_{ij} = \frac{I_i \times A_i \times E_i}{I_j \times A_j \times E_j}$$

Segundo esta fórmula, P_{ij} representará o peso concreto do princípio i em face do princípio j , indicando qual dos dois princípios tem precedência sobre o outro na colisão entre direitos fundamentais representada. Ao contrário da subsunção, na qual o conflito entre regras aplicáveis a um mesmo âmbito redundará na invalidação de uma regra em face da outra, o resultado do sopesamento é sempre uma relação de precedência de um princípio sobre o outro, não acarretando a perda da validade do princípio preterido.

A precedência é resultado da comparação entre o grau de não satisfação (ou grau de intervenção) de um princípio em relação à importância da satisfação do princípio colidente em disputa. Se o quociente é maior que 1, P_i toma precedência sobre P_j ; se menor que 1, a precedência é de P_j sobre P_i ; se o quociente resulta em 1, há impasse, o que implica a existência de discricionariedade estrutural.¹⁰ A proporcionalidade em sentido estrito é expressa na denominada "primeira lei do sopesamento", ou "lei material do sopesamento": *Quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro princípio em disputa.*

Normas de direito fundamental, em regra, possuem uma estrutura principiológica, ou seja, são mandados a serem otimizados e por isso não possuem seus conteúdos definidos de forma absoluta pela própria constituição. Como lembra Bustamante, normas principiológicas possuem um incontornável caráter de indeterminação.¹¹ O grau de

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos fundamentais e liberdade legislativa, In CORREA, Fernando Alves et al (orgs.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, v.3, Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 201, p. 917.

¹⁰ Conforme indicado no capítulo anterior, há discricionariedade estrutural quando a constituição não oferece nenhuma solução para resolver a colisão de direitos fundamentais.

¹¹ Thomas da Rosa de Bustamante, **Teoria do precedente judicial**, p.312.

indeterminação da norma principiológica varia, contudo, de acordo com os contornos que definem o direito fundamental. Taruffo sustenta que a generalidade e a abertura de normas constitucionais demanda que elas sejam conformadas não apenas pelo Legislador, mas também pelo Judiciário, por meio dos precedentes.¹²

Para fins deste artigo, compreende-se que o sopesamento é uma estrutura argumentativa capaz de orientar racionalmente intérpretes em duas tarefas essenciais. A primeira é avaliar o peso de precedentes na medida em que seus conteúdos estejam mais ou menos inseridos no espaço da discricionariedade epistêmica concedida pela constituição. Esta forma de atribuição de peso implica que a força vinculante do precedente dependerá do grau em que o seu conteúdo é avaliado como mais ou menos permitido pela constituição, considerando contextos permeados de incertezas empíricas e normativas. A segunda é definir como esta força vinculante dos precedentes influencia a forma como as cortes do presente interpretam a constituição nos casos em que rediscutem problemas previamente solucionados.

Comparado a outros, o conceito de princípios formais ainda se desenvolve de forma embrionária dentro da teoria dos princípios. 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 entre ambos se dá justamente em relação à definição do que é este *algo* a ser otimizado. Enquanto os princípios materiais são mandados de otimização de conteúdos substantivos como igualdade, liberdade de reunião ou liberdade de imprensa, os princípios formais são mandados de otimização de decisões de autoridades, como atos normativos e decisões judiciais. Princípios formais são, portanto, razões institucionais para seguir decisões emanadas de determinada autoridade, exigindo o cumprimento das decisões autoritativas na maior medida possível.

São exemplos de princípios formais o princípio da segurança jurídica e o princípio da legitimidade democrática do Legislativo.¹³ O conteúdo do princípio formal, portanto, é a própria decisão de determinado órgão autoritativo.¹⁴ Esta norma autoritativa será otimizada e o resultado desta otimização será o conteúdo concreto do princípio formal.¹⁵ Em decorrência da existência dos princípios formais, a carga argumentativa para superar o conteúdo da decisão autoritativa é superior àquela necessária caso o princípio formal não existisse, ou seja, o princípio formal demanda um *plus* argumentativo a fim de que determinada decisão emanada de uma autoridade seja derogada.

A categoria dos princípios formais foi forjada inicialmente para responder as críticas funcionais à teoria dos princípios. Tais críticas indicam que uma consequência da utilização do sopesamento como método de aplicação dos princípios é um desequilíbrio das funções estatais, com a jurisdição constitucional retirando parte da discricionariedade de conformação que o legislador possuiria.

A compreensão dos direitos fundamentais como princípios a serem otimizados

¹² Michele Taruffo, "Institutional Factors Influencing Precedents, in Interpreting precedents", p.459.

¹³ ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **Icon**, v. 12, p. 511–524, 2014, p. 515-516.

¹⁴ QUISPE, Jorge Alexander Portocarrero. El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, v.27, p. 75-102, 2011, p. 916.

¹⁵ KLATT, Mathias. Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4, p. 195-226, 2015, p. 210.

levaria a tarefa da jurisdição constitucional do binômio constitucional/inconstitucional para o binômio ótimo/sub-ótimo. Ao invés de decidir o que é constitucional ou não, a teoria dos princípios estaria levando a jurisdição constitucional a avaliar o que é ou não é uma conformação ótima de um direito fundamental, invadindo o juízo de oportunidade política que competiria ao legislador.

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

Virgílio Afonso da Silva argumenta que utilizar os princípios formais para discutir a liberdade de atuação do legislador é importante para solucionar conflitos de competência com a jurisdição constitucional, principalmente diante de condições de *incerteza decisória*.¹⁶ Aqui vale aprofundar o que seria esta incerteza decisória.

Ao tomar decisões, legisladores e cortes podem encarar *incertezas empíricas* e *incertezas normativas*. As incertezas empíricas são indefinições sobre as consequências ou sobre as premissas fáticas das decisões constitucionais. Suponhamos que o Legislativo brasileiro aprove uma legislação liberando e regulando o uso recreativo de *cannabis* no território nacional e o STF seja acionado para julgar a constitucionalidade de tal lei por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que sustenta que o uso recreativo de *cannabis* viola o direito à saúde coletiva e individual. O problema central do caso seria discutir em termos empíricos e factuais quais riscos ao direito fundamental, à saúde pública e à ordem social estão relacionados ao uso recreativo da *cannabis* e por quais medidas estes riscos podem ser legitimamente combatidos. Caso a discussão do caso concluísse pela inexistência de consenso empírico sobre os malefícios à saúde individual e coletiva ocasionado pelo uso recreativo da *cannabis*, estaríamos diante de um caso de incerteza empírica.

As incertezas normativas, por seu turno, se referem às incertezas sobre o que a constituição comanda, garante, proíbe ou faculta. Ao ter que decidir se o aborto até a 12ª semana de gestação é autorizado ou não por um texto constitucional, cortes constitucionais devem, em tese, se basear na existência de normas constitucionais que autorizem ou não tal conduta. Ocorre que, antes de se chegar à discussão constitucional sobre os contornos do direito à autonomia da mulher ou sobre o suposto direito à vida do feto, pode haver uma profunda divergência entre as juízas sobre a própria existência de cada um desses direitos na constituição, ou seja, duvida-se que eles sejam fatos no mundo capazes de sustentar uma conclusão racional pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da interrupção da gravidez.

Dentro de contextos de incerteza, a legitimidade democrática do legislador funciona como um princípio formal a garantir uma primazia das decisões do legislador frente às escolhas do Judiciário.¹⁷ Voltemos ao exemplo da *cannabis*. Caso a argumentação na corte não dissipasse a incerteza sobre os malefícios que o uso da

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais e liberdade legislativa**, p. 918.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e liberdade legislativa**, p. 927.

cannabis ocasiona à saúde coletiva e individual dos cidadãos, por força do princípio formal da legitimidade democrática do legislador, a corte constitucional deveria reconhecer a discricionariedade epistêmica do Legislativo para definir os contornos do conflito entre o direito fundamental à liberdade de ação e o direito fundamental de proteção à saúde. No caso, portanto, a legislação deveria ser considerada constitucional por estar dentro da margem de discricionariedade concedida pela Constituição ao Legislativo.

Quando o conceito de princípios formais é relacionado ao princípio democrático, sua função específica é definir quais são os âmbitos de competência do Legislativo e da jurisdição constitucional. Identificar quais matérias constitucionais devem ser solucionadas pelo legislador e quais podem receber um controle de constitucionalidade por parte da jurisdição constitucional requer a construção das fronteiras das competências de cada poder. Entender o princípio democrático como princípio formal auxilia a construção deste critério, criando uma presunção de que a revisão ou revogação das decisões autoritativas do legislador requerem o emprego de um ônus argumentativo diferenciado.

Virgílio Afonso da Silva utiliza o conceito de *paridade* para esclarecer como o princípio formal da legitimidade democrática atua como critério solucionador entre a competência do legislador e da jurisdição constitucional. A ideia de paridade pressupõe, antes de tudo, que certos dilemas ou questões envolvendo colisão entre direitos fundamentais não possuem uma única resposta correta.¹⁸

Nestas situações, a otimização entre direitos fundamentais indicará não uma única solução, mas a presença de uma zona de paridade dentro da qual qualquer solução é aceitável. Se a comparação entre duas alternativas decisórias para solucionar uma colisão de direitos fundamentais demonstrar que ambas as soluções se equivalem, isto indica que as duas estão localizadas dentro da zona de paridade e nenhuma possui prevalência sobre a outra. Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva, esta zona de paridade equivale à zona de discricionariedade que o Legislativo possui para propor suas opções normativas, vez que, em democracias representativas constitucionais, a primazia da escolha do legislador.¹⁹

A incidência ou não de determinadas decisões dentro de uma zona de paridade é realizada por meio de processos argumentativos. A força do princípio formal dependerá, pois, da capacidade das intérpretes desconstruírem a relação de paridade ou equivalência entre as hipóteses decisórias. É o que Virgílio Afonso da Silva denomina de *fórmula da paridade*: “Quanto mais difícil for para se desfazer, por meio de argumentos, uma relação de paridade que sustenta a competência decisória do legislador, tanto maior será o peso do princípio formal correspondente.”²⁰

Imaginemos um caso concreto: conformando o art. 172 da Constituição Federal,²¹ o Legislativo aprova Lei que proíbe a participação de capital estrangeiro na composição acionária de instituições de saúde no Brasil. Atualmente esta participação é permitida por força da Lei nº 13.097/2015. O art. 172, em interpretação conjugada com os demais

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273 -301, 2011, p. 296.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Comparing the Incommensurable**, p. 298.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e liberdade legislativa**, p. 933.

²¹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

dispositivos constitucionais sobre a atividade econômica no setor de saúde suplementar, permite que uma lei com tal conteúdo seja editada? Esta norma estaria dentro da zona de discricionariedade que a Constituição permite ao legislador? Ou a jurisdição constitucional poderia infirmar a validade ou invalidade desta Lei com base em opções que a própria Constituição estabelece?

Pela fórmula da paridade proposta por Virgílio Afonso da Silva, quanto mais difícil for provar que esta opção do Legislativo era proibida pela Constituição, maior será a força do princípio formal que sustenta a autoridade da lei e, por consequência, mais difícil será desfazer a relação de paridade entre esta opção e outras que o legislador teria na regulação da entrada de capital privado no setor de saúde brasileiro.

Havendo compreendido como os princípios formais e a fórmula da paridade são instrumentos criados para delimitar a liberdade do legislador frente à jurisdição constitucional, cabe questionar como tal categoria pode auxiliar a responder a primeira das perguntas que este artigo formulou: quando cortes constitucionais do presente devem superar decisões de cortes constitucionais do passado que sejam avaliadas como equivocadas?

2. PRINCÍPIOS FORMAIS E A AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Definir o conceito de precedente judicial é responder como se enxerga a relação entre o passado e o presente decisório em instituições jurisdicionais.²² Este artigo entende que decisões anteriores compreendidas como precedentes contêm normas com natureza de regra. Entendido como regra, a aplicação de um precedente a um caso futuro deve observar (i) a ocorrência da hipótese de incidência (similaridades jurídicas e fáticas relevantes entre os casos), (ii) o consequente que a regra determina e (iii) as razões que subjazem a aplicação desta regra. Ou seja, para compreender o real significado da norma extraível do precedente é necessário não apenas acessar o que foi decidido pela decisão anterior (*consequente*), mas também o porquê de tal decisão (razões e fundamentos), fazendo da fundamentação algo revelador da norma precedental. Assim, um precedente judicial somente caracterizará um modelo argumentativo para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra – tipo de norma – a partir da qual os casos futuros possam ser submetidos, desde que observados as suas condições de aplicação.²³

A proposta do artigo é utilizar o conceito de princípio formal para definir o poder de vinculação horizontal que as normas contidas nos precedentes constitucionais exercem sobre cortes constitucionais do presente. Neste contexto, a autoridade horizontal da regra contida em precedentes constitucionais será reconstruída como um princípio formal, o *princípio da vinculação à autoridade do precedente constitucional*. O peso deste princípio dependerá, por seu turno, do grau de certeza que os intérpretes possuem sobre o pertencimento de determinada norma precedental à zona de discricionariedade presente na constituição. Aprofundemos.

A aproximação entre princípios formais e precedentes judiciais não é incomum. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, identifica que precedentes judiciais seriam princípios

²² DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of precedent**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.5.

²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 113. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 50-53.

formais.²⁴ A linha que seguiremos não será a de identificar precedentes constitucionais como princípios formais. Como indicado acima, nossa posição é de que precedentes contêm normas adscritas com natureza de regra. Classificar precedentes como princípios formais, tal qual Virgílio Afonso da Silva defende, portanto, parece estar equivocado. O correto é indicar que há um princípio formal que *acompanha* ou está ao lado da norma estabelecida pelo precedente, conformando sua autoridade e definindo a aplicação ou não desta norma diante de determinadas situações de incerteza. É exatamente neste sentido que Portocarrero Quispe aplica a ideia de princípios formais a precedentes judiciais:

Partindo da premissa de que os princípios formais exigem uma validade *prima facie* das decisões provenientes de um procedimento decisório efetuado por uma autoridade competente, chegamos à conclusão de que toda autoridade com capacidade decisória, fundada na norma que lhe atribui competência, pode pretender para si a validade *prima facie* de suas decisões. *Desta maneira os princípios formais não somente estariam ao lado do legislador parlamentar, mas também do legislador executivo e da jurisdição, seja esta constitucional ou ordinária. Para este último caso, a implicação é que toda decisão proveniente de um procedimento baseado em princípios e regras de argumentação deve valer na maior medida possível. (...) Uma vez que se resolva a ponderação em favor ou contra a decisão legislativa, a decisão do órgão jurisdicional estará dotada de um princípio formal que exige que toda decisão seja respeitada na maior medida possível.*²⁵

Ou seja, a regra estabelecida por um precedente emanado de uma corte constitucional não é um princípio formal, mas sim possui uma autoridade horizontal que pode ser reconstruída como *princípio formal da vinculação ao precedente*.

Se quisermos transmutar a *fórmula da paridade* para a discussão sobre a superação de precedentes, teríamos a seguinte lógica: *quanto mais difícil for para se desfazer, por meio de argumentos, uma relação de paridade entre a solução normativa estabelecida no precedente constitucional e a norma que pretende superá-la no caso do presente, tanto maior será o peso do princípio formal que determina a vinculação ao precedente*.

Nesse cenário, precedentes de C1 só poderiam ser superados caso C2 fosse capaz de mobilizar razões ou justificações capazes de desfazer a relação de paridade entre decisão do passado e decisão do presente. É dizer, uma superação de precedente realizada por C2 deve construir um juízo de equívoco em relação à decisão de C1, demonstrando que a decisão a ser superada não é equivalente à decisão a ser tomada no presente, ou seja, que ambas não se encontram dentro de uma mesma zona de paridade.

A aplicação da categoria dos princípios formais à discussão sobre precedentes constitucionais necessita, no entanto, de adequações. A principal delas diz respeito à

²⁴. “Um exemplo simples de princípios formais são os precedentes judiciais. Eles oferecem razões para que o aplicador do direito decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma, mas essas razões referem-se tão somente a considerações de caráter formal - o fato de ela já ter sido aplicada em casos iguais ou semelhantes - e não ao conteúdo da norma. O princípio formal que sustenta essas considerações apenas diz que, em razão de decisões anteriores, aquela norma é *prima facie* aplicável.” SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e liberdade legislativa**, p. 922.

²⁵ QUISPE, Jorge Alexander Portocarrero. **El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad**. p. 88-89.

justificação do precedente enquanto uma razão institucional que deve ser preservada. No caso das disputas entre legislador e jurisdição constitucional, o fundamento normativo de fundo a justificar a decisão do legislador como princípio formal é a crença de que decisões políticas em uma democracia constitucional devem ser feitas, em princípio, no parlamento. É intuitivo acreditar que em democracias constitucionais, diante de incertezas sobre o que a Constituição permite, deve-se prestar deferência às escolhas do Poder Legislativo legitimado pelo voto popular.

O fato é que o princípio democrático não serve como fundamento para caracterizar precedentes constitucionais enquanto razões institucionais. O conflito aqui não é entre a competência do legislador e a competência da jurisdição constitucional, mas sim entre a corte constitucional do presente e a corte constitucional do passado. Está-se diante de um contexto no qual se discute a autovinculação das cortes às suas próprias decisões.

Uma coisa é manter um precedente argumentando que as razões discutidas anteriormente permanecem corretas ou melhores do que aquelas agora discutidas; algo bem distinto é admitir a existência de razões melhores do que as utilizadas anteriormente para solucionar a mesma questão jurídica, mas, ainda assim, não modificar a posição passada por acreditar que a estabilidade, a segurança, a igualdade ou algum outro valor político-normativo merece ser protegido. Neste segundo movimento o precedente não é só um veículo de razões substantivas, mas passa ele próprio a ser uma razão que impede sua modificação. Ainda que juízas acreditem que a decisão anterior foi um erro ou que interpretou de maneira subótima determinada lei, a fidelidade a determinado valor normativo justificaria a manutenção do quadro interpretativo.

Neste cenário, cabe perguntar: por que se deve exigir uma presunção de correção das decisões de cortes constitucionais do passado em relação às decisões de cortes constitucionais do presente em discussões sobre superação de precedentes constitucionais? Quais são as bases que sustentam a autoridade jurídica que uma decisão equivocada do passado exerce sobre uma decisão a ser tomada no presente? Como justificar a vinculação a decisões judiciais equivocadas como um princípio formal que controla as situações de superação de precedentes?

O artigo sustenta que precedentes que C2 avaliem como equivocados devem ser seguidos, porque cortes constitucionais encontram-se constantemente diante de situações de incerteza sobre o conteúdo da constituição e, conseqüentemente, podem não ter certeza se a norma que emana do precedente é ou não proibida ou autorizada pela constituição. O argumento, portanto, é de que a posição jurídica estabelecida pelo precedente e a posição jurídica que pretende superá-la no presente não podem estar em uma relação de paridade dentro do espaço de discricionariedade judicial. Caso elas estejam, é preferível manter a decisão equivocada ou subótima da corte do passado a autorizar uma decisão ideal ou ótima surgir dentro do espaço concedido pela discricionariedade.

Este argumento demandará a transição de um modelo no qual precedentes poderiam ser avaliados somente como corretos ou equivocados para um modelo no qual juízos de erro variam gradativamente, a partir de níveis de incerteza. Para isto será necessário sair do domínio da discricionariedade do legislador e entrar na discussão sobre a discricionariedade judicial.

3. INCERTEZA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Embora haja vasta discussão na teoria do direito sobre a existência e a natureza da discricionariedade judicial, meu ponto de partida assume que o ambiente de interpretação de direitos fundamentais não é um ambiente de respostas únicas, ou seja, os direitos fundamentais previstos em constituições não podem ser interpretados apenas de uma única maneira. O resultado do discurso jurídico que interpreta direitos fundamentais pode, pois, encontrar mais de uma resposta correta.

Mathias Klatt aplica os conceitos de discricionariedade estrutural e epistêmica de Alexy para explicar a discricionariedade judicial. Para Klatt, a discricionariedade judicial estrutural ocorreria quando juízas decidem problemas jurídicos diante dos quais as normas jurídicas são silentes. No caso da discricionariedade epistêmica, há indefinição sobre quais são os limites que a constituição, precedentes e outros materiais jurídicos impõem às juízas.²⁶

A incerteza central na discussão sobre superação de precedentes em cortes constitucionais é a incerteza da corte do presente em relação ao conteúdo da constituição. Se a corte do presente possui alto grau de certeza sobre o que a constituição ordena, garante ou proíbe, ou mesmo sobre como uma colisão de direitos fundamentais deve ser resolvida, ela é capaz de avaliar sem maiores transtornos como correta ou equivocada a posição normativa estabelecida por um precedente.

A avaliação de cortes do presente sobre a correção ou incorreção de decisões anteriores é contextualizado dentro deste ambiente de incerteza decisória. Torna-se necessário, então, uma estratégia para lidar com a incerteza decisória que garanta certo nível de previsibilidade nas decisões tomadas por cortes constitucionais sem que se comprometa o nível de correção do ambiente.²⁷

Seguindo o argumento desenvolvido por Stephen Perry, sustenta-se que a autoridade horizontal de precedentes judiciais pode ser justificada, enquanto prática, ao compreendermos o precedente como um instrumento de controle da incerteza do direito. Seguir precedentes é uma prática justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de incerteza prática, ou seja, precedentes servem de guias diante de hipóteses nas quais há incerteza em relação a como julgadoras devem agir.²⁸

Precedentes, assim, não são um material capaz de mitigar a incerteza por meio da criação de certezas e de previsibilidade no direito; é justamente porque não podemos eliminar em certos casos o caráter de incerteza e o traço de imprevisibilidade dentro do

²⁶ Dentro do espaço da discricionariedade estrutural, a escolha por um dos resultados dentre os vários autorizados é política, aberta; no espaço de escolha de discricionariedade epistêmica, por outro lado, as considerações jurídicas não podem ser deixadas de lado no momento de realização da escolha entre as várias opções permitidas pelo espaço discricionário.²⁹⁰ Ou seja, aqui, a discricionariedade deve ser exercida por meio de uma justificação jurídica, e não somente conforme padrões políticos. A discricionariedade judicial epistêmica pode ser empírica ou normativa. A discricionariedade judicial epistêmica empírica é aquela que possibilita às juízas usarem compromissos empíricos incertos na justificação de seus julgamentos; a discricionariedade epistêmica normativa no Judiciário, por sua vez, implica que juízas têm liberdade para definir o que o direito proíbe, comanda ou deixa em aberto. Cf. Mathias Klatt, "Taking Rights less Seriously: a structural analysis of judicial discretion", *Ratio Juris* 20 (2007), p. 506-529

²⁷ PERRY, Stephen R. *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*. **South Carolina Law Review**, v.6, p. 913-994, 1989, p 968.

²⁸ PERRY, Stephen R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory**, p. 970.

direito, que a autoridade do precedente é importante.

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

Precedentes, por esta linha, serão padrões decisórios que impõem a presunção de correção de decisões anteriores, requerendo a deferência de C2 à determinada decisão de C1 sempre que tal precedente esteja localizado dentro da zona de discricionariedade judicial que a constituição concedeu ao Judiciário. Os precedentes, pois, determinam como autoridades devem solucionar casos em contextos de elevado grau de incerteza.²⁹

A proposta sustenta, contudo, que a incerteza a respeito do pertencimento ou não de uma decisão à zona de discricionariedade judicial concedida pelas constituições é uma questão de grau.³⁰ Compreende desde o caso em que C2 acredita que C1 cometeu um equívoco claro, hipótese em que o nível de incerteza é mínimo e na qual é impensável conferir qualquer deferência à decisão anterior, a situações nas quais C2 não está segura de que a decisão de C1 foi equivocada, hipótese que o nível de incerteza é alto e na qual uma deferência à decisão anterior é recomendável. Entre uma hipótese e outra encontramos diversas possibilidades de juízos sobre a posição anterior e, conseqüentemente, variadas opções entre superá-la ou não.

O peso da autoridade do precedente estaria vinculado às situações nas quais a avaliação sobre a correção ou equívoco de uma decisão anterior está envolta sobre incertezas a respeito do que a constituição ordena, proíbe ou permite. Precedentes operam, pois, como razões que requerem determinados cursos de ações apenas dentro de certas fronteiras epistêmicas, quais sejam, os contornos epistêmicos da incerteza o que o texto constitucional proíbe, permite ou exige.³¹

Para identificar o momento em que a vinculação a decisões autoritativas deixa de ser necessária em razão da existência de um nível de certeza confiável sobre o que a constituição permite, Perry lança mão do conceito de limiar epistêmico (*epistemic threshold*).³² O limiar epistêmico é o ponto a partir do qual determinada agente decisória deve deixar de se fiar na razão institucional fornecida pela decisão autoritativa para seguir as suas próprias razões substantivas ao decidir. Ou seja, alcançar o limiar epistêmico depende da força da convicção de determinado agente decisório de que a decisão autoritativa está equivocada ou não é permitida pela constituição. Colocando em termos da disputa sobre a superação de precedentes, quanto menor o nível de incerteza sobre a relação de pertencimento entre a decisão anterior a constituição, mais forte é a convicção deste agente sobre o erro ou acerto da decisão anterior.

Precedentes constitucionais estabelecidos por cortes do passado não possuiriam

²⁹ PERRY, Stephen R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory**, p. 923.

³⁰ PERRY, Stephen R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory**, p. 934.

³¹ PERRY, Stephen R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory**, p. 923.

³² PERRY, Stephen R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory**, p. 934.

autoridade, portanto, quando a corte do presente estivesse certa sobre o que a constituição determina. Ou seja, quando C2 souber exatamente o que o texto constitucional determina, deve agir em conformidade com este balanço objetivo de razões, não possuindo a autoridade do precedente força para impedir a decisão que dele diverge de emergir. Inexistindo incerteza, o precedente inequivocamente incorreto não tem razão para prevalecer frente a uma decisão inequivocamente correta.

Exemplificando: se C1 decidiu no passado que os discursos de ódio são permitidos por uma constituição, caso C2 tenha que decidir novamente a constitucionalidade de discursos de ódio, só poderá modificar a posição anteriormente estabelecida pela corte do passado caso alcance níveis relevantes de certeza de que tal posição era proibida pela constituição. Se essa corte do presente não está tão certa de que a interpretação anterior era proibida pela constituição, o precedente deve prevalecer, mesmo que C2 entenda que a interpretação anterior não é a melhor que poderia ser extraída do texto constitucional.

Precedentes horizontais ocuparão, assim, o espaço do que seria antes reservado à discricionariedade judicial. Precedentes constitucionais teriam o poder de transformar um espaço que antes seria de liberdade decisória em um espaço no qual a decisão do passado deve prevalecer. A prevalência da incerteza, que antes gerava a possibilidade de cortes decidirem de forma discricionária, agora implicará na necessidade de seguir a decisão do passado.

Precedentes, neste sentido, não precisam se provar decisões ótimas ou mais corretas do que as decisões do presente; eles precisam se provar apenas decisões permitidas pela constituição: se as condições de incerteza epistêmica vicejam, o fundamento da segurança jurídica recomenda que o precedente seja mantido ao invés de conceder um espaço de discricionariedade à intérprete para que ela reinterprete o texto constitucional de maneira ótima, ideal ou mais correta. Quando o juízo de erro da corte do presente não for forte o suficiente para retirar o precedente de dentro da zona de discricionariedade, é recomendável que esta decisão, ainda que equivocada ou subótima, seja mantida.

A principal finalidade de técnicas que buscam controlar processos de superação de precedentes deve ser, portanto, a criação de parâmetros para avaliar se a norma jurídica que sustenta a decisão anterior está inserida ou não dentro da zona de discricionariedade epistêmica que constituições concedem às cortes constitucionais. A medida em que há mais certeza de que o precedente contém uma interpretação autorizada pela constituição, maior será o peso do precedente e mais chance ele tem de ser mantido pela corte do presente. Do contrário, quanto menor o nível de certeza quanto ao pertencimento do precedente à zona de discricionariedade judicial, menor será o peso da posição jurídica anterior e, por consequência, maior a chance da norma precedental ser superada.

4. ATRIBUINDO PESO À AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: MARCADORES DE INCERTEZAS EMPÍRICAS E NORMATIVAS

Determinar o peso da autoridade de precedentes vai depender, em um primeiro passo, de avaliar em que medida a decisão do passado se insere ou não no âmbito da discricionariedade judicial que cortes possuem frente à constituição. O peso do princípio formal que o precedente representa deve, pois, refletir em que medida a posição estabelecida pelo precedente é ou não permitida pela constituição.

A proposta do trabalho pretende classificar em três níveis os graus de permissão que a constituição confere a uma interpretação em seu âmbito de discricionariedade. O precedente pode representar uma interpretação *certamente autorizada pela constituição*, quando há um alto nível de certeza de que a posição anterior não é proibida pelo texto constitucional. Pode também representar uma interpretação *possivelmente autorizada pela constituição*, quando há dúvida moderada de que determinada interpretação é proibida pela constituição. Por fim, a posição do precedente pode ser *não evidentemente proibida pela constituição*, quando há indícios razoáveis de que a interpretação do precedente é proibida.

Quando precedentes são classificados como *certamente autorizados pelas constituições*, a sua autoridade horizontal possui peso *máximo* e é alta a probabilidade de que a norma dele extraível esteja dentro da zona de discricionariedade judicial concedida pela constituição. Por implicação, os processos argumentativos para sua superação possuem um *ônus pesado*. Caso decisões anteriores sejam classificadas como *possivelmente autorizadas pelas constituições*, a autoridade precedental tem peso *médio* e será também *média* a chance de que a norma que ele expressa se situe na zona de discricionariedade. Como efeito, o *ônus* argumentativo para superar tais precedentes será *moderado*. Nas hipóteses em que precedentes são avaliados como *não evidentemente proibidos* pelas constituições, sua autoridade alcança o nível mínimo e há probabilidade *baixa* de que a norma precedental seja permitida pela discricionariedade judicial, o que faz com que o *ônus* argumentativo para o superar seja *leve*.

Classificar precedentes dentro de cada uma dessas classes dependerá da análise de elementos que servem como marcadores das incertezas empírica e normativa que rodeiam a interpretação estabelecida pela posição anterior. Definir-se-á se um precedente é *certamente autorizado*, *possivelmente autorizado*, ou *não evidentemente proibido* pela avaliação de certos marcadores. Cabe, então, começar desenhar quais marcadores devem ser avaliados pelas cortes do presente para determinar em que medida precedentes são ou não permitidos pela constituição. Propõe-se a necessidade da análise de seis marcadores: (i) Aderência da norma do precedente na corte que o estabeleceu; (ii) Consenso institucional em volta da norma do precedente; (iii) Operacionalidade da norma do precedente; (iv) Conformidade dos demais poderes à norma do precedente; (v) Grau de densidade do texto constitucional que delinea os direitos fundamentais discutidos na norma; (vi) Existência de normas infraconstitucionais não contestadas que conformam os direitos fundamentais discutidos no precedente;

A ideia de analisar estes marcadores é mensurar as incertezas empíricas e normativas por duas perspectivas. Em primeiro lugar, averigua-se em que medida um olhar em perspectiva da instituição que pretende superar o precedente pode fornecer indícios de que a posição jurídica anterior é mais ou menos permitida pela constituição. A premissa aqui é de que as diversas formas pelas quais a instituição interagiu com o precedente podem fornecer indícios de sua inserção dentro do espaço da discricionariedade judicial. Esta perspectiva é abraçada principalmente pelos marcadores *i, ii, iii, iv*.

Em segundo lugar, alguns marcadores tomam como objeto de análise a estrutura normativa do direito fundamental em si, particularmente no que diz respeito às possibilidades de restrições ou regulações que os contornos textuais de cada direito fundamental concedem às cortes, seja pelo texto da constituição ou pelo texto legal. Os marcadores *v* e *vi* se inserem nesta perspectiva. Em seguida, passa-se a aprofundar o conteúdo de cada um dos marcadores.

Analisar a aderência da norma do precedente na corte em que ela foi estabelecida é importante para averiguar se a decisão anterior foi forjada sob consenso ou sob dissenso decisório. Quanto maior for o nível de consenso acerca da norma veiculada no precedente, maior a probabilidade de que ela seja permitida pela constituição. Se levarmos em conta a composição do STF, por exemplo, precedentes estabelecidos de forma unânime devem ter a possuir um maior peso do que os estabelecidos em votações por 6 a 5.

A análise da adesão da corte do passado à interpretação veiculada pelo precedente deve ser feita, em princípio, tendo como objeto a decisão única que inaugurou determinada posição jurídica. Não é incomum, no entanto, que uma norma jurídica estabelecida por unanimidade por um precedente venha, quando rediscutida posteriormente, a ser mantida por uma margem decisória menor. A chancela de uma corte posterior à corte que estabeleceu o precedente, ainda que por uma margem menor, mais fortalece do que enfraquece o peso do precedente. Entende-se que a eventual modificação do perfil da maioria decisória por ocasião da rediscussão de precedentes não enfraquece a avaliação de que uma interpretação é autorizada pela constituição. Neste sentido, quanto mais vezes a norma estabelecida por um precedente for mantida em discussões posteriores do mesmo órgão, ainda que por margens decisórias variadas, maior será a probabilidade de que esta norma seja permitida pela constituição.

É importante sublinhar que o incremento do peso de um precedente em razão de sua manutenção só ocorre quando a rediscussão for realizada pelo mesmo órgão que preferiu a decisão inaugural. O fato de órgãos hierarquicamente inferiores manterem um precedente não deve ser uma razão para o incremento de seu peso. Nestas situações, a aplicação vertical poderá ocorrer de forma totalmente apartada da análise do conteúdo decisório do precedente. Isto vale inclusive para as hipóteses em que órgãos fracionários de uma corte constitucional aplicam decisões estabelecidas por órgãos plenos. Situação diferente se dá quando estes mesmos órgãos fracionários não aplicam ou mesmo se rebelam contra interpretações estabelecidas pelos órgãos plenos.

Já ingressando na análise do segundo marcador proposto, entende-se que quanto maior for o dissenso institucional a respeito da posição estabelecida pelo precedente dentro de determinada instituição (entendida aqui como a soma de todos os seus órgãos), menor a probabilidade de que a decisão do passado seja permitida pela constituição. O dissenso ou consenso institucional é medido pela adesão que órgãos fracionários de cortes constitucionais manifestam em relação ao precedente ao julgar casos posteriores em que a mesma questão jurídica emerge. Podem ser classificados como órgãos fracionários desde frações colegiadas como turmas, câmaras ou senados, até órgãos decisórios individuais, como uma ministra que decide monocraticamente. A contestação a um precedente advindo de um órgão com uma composição maior representará, por óbvio, uma maior diminuição no nível de certeza de que a interpretação anterior é permitida pelo texto constitucional.

O terceiro marcador discute a operacionalidade das decisões anteriores. A operacionalidade de precedentes pode ser aferível por aspectos como a cognoscibilidade dos fundamentos e da conclusão presente nas decisões anteriores ou a adesão que este posicionamento angariou em órgãos inferiores. Quando as razões de decidir ou a conclusão de precedentes são ininteligíveis ou de difícil decifração, avaliar se o precedente é algo permitido ou não pela constituição torna-se um esforço de improvável sucesso. Precedentes dos quais se extraem muitas interpretações ou posições jurídicas distintas e conflitantes tendem a ser classificados como de constitucionalidade

não evidente. O peso do precedente também tende a esmaecer caso cortes inferiores não adiram à posição jurídica estabelecida. Aqui não devem ser consideradas insurreições isoladas a determinado entendimento, mas sim um movimento relevante de não aplicação da decisão de uma corte superior.

O quarto marcador discute a conformidade dos demais poderes democráticos ao precedente estabelecido pela corte constitucional. Se Executivo e Legislativo realizam movimentos institucionais para derogar a posição jurídica estabelecida pelo precedente ou mesmo diminuir sua força normativa, a probabilidade de que esta interpretação seja proscrita pela constituição é maior. Este marcador parte da premissa que o Judiciário não é o único poder que conforma o conteúdo da constituição. Embora seja seu dever funcional interpretar o texto constitucional, este dever é concretizado a partir de uma contínua interação com os outros poderes constituídos. A premissa é que a avaliação dos demais poderes sobre as normas jurídicas forjadas pelas cortes constitucionais pode fornecer indícios sobre a constitucionalidade ou não destas próprias normas.

O quinto marcador avalia o grau de densidade com que constituições tratam direitos fundamentais. Esta densidade é aferível pela análise do próprio texto constitucional.

Há direitos que são enunciados por constituições de forma genérica, com conteúdo abstrato. É o caso da garantia da propriedade prevista no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal. A delimitação do conteúdo destes direitos dependerá da regulação infraconstitucional ou jurisprudencial de seu conteúdo, a ser realizada de maneira justificada e fundamentada. Já outros direitos fundamentais possuem seus contornos mais bem desenhados pelo texto constitucional, são os casos do direito de reunião (art. 5º, inciso XVI) e do direito ao sigilo de comunicações (art. 5º, inciso XII).

A diferenciação na maneira pela qual uma constituição delimita a área de proteção de determinado direito fundamental é importante para avaliar se uma determinada interpretação de direito fundamental é ou não permitida pela constituição. Quanto menos um direito fundamental depender da configuração infraconstitucional de sua área de proteção – seja pela via legislativa ou pela via jurisprudencial – maior será a probabilidade de que os precedentes que regulem, restrinjam ou conforme tais direitos não sejam permitidos pela constituição.³³ Por outro lado, quanto mais abstrato ou genérico for o texto constitucional que contorne determinado direito, maior será a chance que a interpretação estabelecida pelo precedente seja permitida pela constituição.

O último marcador em certa medida se relaciona com o anterior, na medida em que trata da dimensão da regulação ou restrição de direitos fundamentais. Caso existam leis que regulem e com isso restrinjam direitos fundamentais no mesmo sentido que o precedente está a restringir ou regular, é mais provável que a posição jurídica do precedente seja permitida pela constituição do que em situações nas quais não há qualquer indício legislativo de que determinado direito pode ser restringido ou regulado em certo sentido.

Imaginemos a situação na qual uma corte constitucional está a analisar a constitucionalidade de uma lei que proíbe a divulgação de qualquer tipo mensagem em meios eletrônicos por uma pessoa que era parte do diálogo, mas que não tem a autorização expressa do interlocutor com que se conversava. Se já há uma lei que proíbe

³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 145.

a divulgação de imagens ou mensagens em meios virtuais que tenham caráter privado, em tese torna-se mais fácil defender que a lei agora a ser analisada é permitida pela Constituição

Essa avaliação só tem razão de ser, por óbvio, quando as regulações e as restrições conformadas pelo Legislativo não são elas próprias contestadas. No sentido oposto, caso leis ou normas que restrinjam direitos fundamentais no mesmo sentido que os precedentes já tiverem sido infirmadas por inconstitucionais, maior será a chance de que a posição do precedente seja proibida pela constituição.

Definir se um precedente é certamente autorizado, possivelmente autorizado ou não evidentemente proibido por constituições dependerá da avaliação conjunta de todos os marcadores indicados, algo a ser construído argumentativamente pela corte do presente. A lista de fatores que podem expressar e demarcar o nível das incertezas empíricas e normativas não é exaustiva, sendo passível de ser ampliada. Caso novos fatores de ponderação sejam inseridos, o importante é que eles funcionem como meios de controlar o peso que cortes do presente concedem aos precedentes. Cortes do presente não possuem total liberdade para avaliar qual será a força vinculante das decisões do passado, devendo atribuir esta força dentro dos contornos objetivos que os marcadores de incerteza lhe concedem.

5. ANÁLISE DE CASOS: TESTANDO O MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE PESO À AUTORIDADE DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Aplicar os marcadores de incerteza empírica e normativa desenvolvidos no tópico 4 a casos concretos do STF servirá para testar a capacidade do modelo normativo proposto pelo artigo para racionalizar o processo decisório de superação de precedentes. Para realizar tal teste, os próximos dois subtópicos avaliarão o peso de duas decisões do STF em que foram superadas decisões sobre um mesmo tema: a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, os HC nº 126.292 e 84.079.

5.1 Atribuindo peso ao HC nº 126.292

No julgamento conjunto das ADCs nº 43, 44 e 54, realizado em novembro de 2019, o STF derrogou a norma estabelecida três anos antes no HC nº 126.292, no qual havia estabelecido que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência inscrito no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.³⁴ No julgamento das ADCs, a reversão da posição anterior deu lugar a prevalência da norma segundo a qual a execução provisória da sentença penal condenatória revela-se incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal. Submeter o HC nº 126.292 ao teste dos marcadores pode auxiliar a melhor avaliar o peso que este precedente possuía na corte quando foi superado pelas ADCs.

O primeiro marcador indica que a decisão no HC em 2016 se deu por um dissenso alto, com uma maioria de 7 a 4 sustentando a norma então vencedora. Meses depois do

³⁴ BRASIL. STF. HC 126292, rel. min. Teori Zavascki. DJE 02.09.2016.

juízo do HC a questão voltou a ser apreciada pelo tribunal, desta vez via plenário virtual, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246.³⁵ Desta vez a maioria que sustentou a norma vencedora do HC ficou ainda mais estreita, 6 a 4.³⁶ A diminuição da margem ocorreu, pois o Ministro Dias Toffoli deixou de integrar a corrente majoritária ao passar a defender uma posição intermediária, segundo a qual a execução da pena deveria ser suspensa apenas com a pendência de Recurso Especial ao STJ, mas não de Recurso Extraordinário ao STF.

O segundo marcador aponta para a existência de dissenso institucional em volta da norma estabelecida pelo HC nº 126.292. Em decisão monocrática tomada logo após o julgamento do HC, o Ministro Celso de Mello impediu o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afirmando que o precedente “embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e tribunais em geral”.³⁷ Já em 2017, ano seguinte ao julgamento do HC nº 126.292, a segunda turma do STF concedeu diversos HCs para suspender o cumprimento de penas antes do trânsito em julgado autorizadas por sentenças que não fundamentavam especificamente a necessidade da prisão ou não avaliavam a possibilidade de cumprimento da pena em regime menos gravosos após recursos.³⁸

Os dissensos institucionais constatados pelo segundo marcador possuem relação direta com a constatação de certas falhas na operacionalidade da decisão do HC nº 126.292, inclusive por membros do tribunal que formaram a maioria naquele caso. O Ministro Gilmar Mendes, que viria a ser o fiel da balança ao mudar de posição no julgamento das ADCs em 2019, já em 2017 revelava seu descontentamento com o fato de que as instâncias inferiores vinham aplicando de forma equivocada o precedente estabelecido em 2016. Para ele, a norma estabelecida pelo HC nº 126.292 foi no sentido de que se poderia autorizar a execução da pena após condenação em segunda instância caso atendidas determinadas condicionantes, mas as instâncias passaram a entender a imposição do cumprimento da pena como um imperativo. O terceiro marcador revela indícios, pois, de que a operacionalidade do precedente apresenta falhas.

O quarto marcador não aponta movimentos relevantes dos demais poderes contra a posição estabelecida pelo STF em 2016. O que houve, já em 2019, foi a tentativa do governo recém-empossado no Executivo Federal propor a alteração do Código de Processo Penal para dar contornos legislativos à decisão do STF que até então vigorava.³⁹ A proposta, que era parte de um pacote de alterações legais enviado ao Legislativo, foi retirada nas discussões na Câmara dos Deputados. Em resumo, pela análise do quarto marcador, a posição do STF não teve sua constitucionalidade contestada de forma

³⁵ BRASIL. STF. RE 964246, rel.min. Teori Zavascki. DJE 28.10.2016.

³⁶ A Ministra Rosa Weber, que havia se posicionado pelo lado da minoria no julgamento do HC 126.292, não se manifestou no julgamento do plenário virtual.

³⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. PEREIRA, Thomaz. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes. **Jota**. 05.07.2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/decisao-de-celso-de-mello-e-o-respeito-precedentes-stf-05072016>. Acesso em: 16.11.2019.

³⁸ BRASIL. STF. HC 147452, rel.min. Celso de Mello. DJE 28.09.2017; BRASIL. STF, Segunda Turma. HC 136720, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJE 13.03.2018.

³⁹ NEVES, Rafael. Pacote Anticrime de Moro ponto a ponto. Congresso em Foco. **Congresso em Foco**. 05.02.2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/pacote-anticrime-de-moro-ponto-a-ponto-veja-como-a-lei-e-hoje-e-o-que-pode-mudar>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

relevante por nenhum dos outros poderes, sendo até mesmo apoiada ou reforçada por iniciativas do Executivo Federal.

O quinto marcador deve verificar a densidade normativa dos princípios envolvidos na questão. Por um lado, o princípio da presunção de inocência que sofre a intervenção com o conteúdo avançado pelo precedente tem um tratamento detalhado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.⁴⁰ Há no julgamento do próprio HC nº 126.292 uma discussão relevante se a referida norma teria natureza principiológica ou de regra. Por outro lado, o conteúdo do precedente pretende promover o princípio da efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Tal princípio possui inegável lastro constitucional, mas não tem seu conteúdo definido de forma detalhada. Nesse contexto, normas que conformam o conteúdo do princípio da efetividade da lei penal tendem a sofrer muito menos controle do que normas que delineiam o princípio da presunção da inocência, vez que este último é um direito fundamental com maior densidade normativa.

O último marcador indica a existência de leis infraconstitucionais que conformam o direito fundamental à presunção de inocência discutido no precedente. A conformação pelo Código de Processo Penal expressamente impõe que a regra é a liberdade em casos de condenações penais não transitadas em julgado, ou seja, o Legislador explicitamente conforma o direito à presunção de inocência em sentido contrário ao conteúdo estabelecido pelo precedente.

O artigo 283 do Código de Processo Penal, por sinal, não teve sua validade contestada no HC nº 126.292,⁴¹ sendo inclusive tal disposição normativa que terá sua validade confirmada pelas ADCs que viriam a ser julgadas em 2019. Pode-se afirmar que o princípio da efetividade da lei penal, por outro lado, possui tratamento legislativo que reforça a posição do precedente. O mesmo Código de Processo Penal que coloca a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como exceção, também dispõe que o Recurso Extraordinário contra as condenações em segunda instância não possui efeito suspensivo.⁴² Este foi, inclusive, um dos argumentos mais realçados nos votos da maioria formada no HC nº 126.282. Há, como se vê, posições legislativas contraditórias em relação ao conteúdo do precedente.

O processo de atribuição de peso à autoridade da norma constante no HC nº 126.292 revela uma preponderância de marcadores que indicam que a norma lá estabelecida seria *não evidentemente proibida* pela Constituição brasileira. Embora existam indicadores de que a posição estabelecida pela constituição seria *certamente permitida* (marcador iv), bem como *possivelmente permitida* (marcador vi), todos os outros quatro marcadores apontam movimentos de contestação à autoridade do precedente (i, ii, iii e v). A partir desta avaliação, pode-se afirmar que o peso da autoridade da norma então estabelecida no HC nº 126.292 era mínimo. Isso significa que, em termos jurídicos, o

⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴¹ BRASIL. Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689/1941. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

⁴² BRASIL. Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689/1941. Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

ônus argumentativo para superar mencionado precedente era leve.

A releitura do HC nº 126.292 à luz dos marcadores de incerteza pode ajudar a explicar porque o argumento da autoridade do precedente, compreendido enquanto uma razão institucional, não possuiu tanta força na discussão que o STF travou no julgamento das ADCs 43, 44 e 54. É certo que o julgamento de 2019 que derogou a norma estabelecida pelo HC nº 126.292 também se deu por um placar mínimo (6 a 5), contudo, como a análise dos marcadores demonstrou, havia diversas outras dimensões que apontavam para a fragilidade da autoridade da norma que havia sido estabelecida em 2016.

O HC 126.292 não foi, contudo, a primeira oportunidade em que o STF rediscutiu a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O HC 126.292 representou, em verdade, a superação de uma posição jurídica que prevalecia na corte desde 2009, quando o tribunal, ao julgar o HC 84.078, decidiu que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Será o HC 84.078 de 2009 o segundo caso ao qual serão aplicados os marcadores de incerteza desenvolvidos pelo artigo, a fim de que possamos aferir em que medida a norma nele contida era permitida pela Constituição de 1988.

5.2 HC nº 84.078

O primeiro marcador indica que o STF também definiu a questão no HC nº 84.078 sob considerável dissenso. A maioria aqui encontrada é a mesma presente no HC nº 126.292, 7 a 4. O segundo marcador se comporta de maneira diferente. Entre 2009 e 2016 não existem decisões monocráticas ou de outros órgãos fracionários que apontem um movimento de contestação à posição que o HC nº 84.078 veiculava. Deve ser notado que a decisão de 2009, assim como a de 2016, foram tomadas a partir de ações concretas, o que implica que de sua decisão em tese não se irradiaria efeito vinculante. O que ocorre, no entanto, é que embora a norma de 2009 pareça ter sido respeitada pelos demais integrantes do STF, a norma de 2016, como ressaltado, atravessou resistências na sua implementação.

Caminhando para o terceiro marcador, também não são encontrados indícios de que a decisão sofria de problemas na sua operacionalidade nas instâncias inferiores. A ementa da decisão de 2009 é clara em estabelecer que a prisão antes do trânsito julgado da condenação só pode ser estabelecida a título cautelar. Há menção expressa na ementa de que o art. 637 do CPP, que poderia permitir uma interpretação autorizativa do cumprimento provisório da pena, deve ser interpretado em conformidade com a Constituição de 1988. A decisão ainda se esforça em demonstrar que este posicionamento estava em coerência com a interpretação que o STF vinha desenvolvendo do princípio da presunção da inocência em outras ações.⁴³

O quarto marcador expressa movimentos conflitantes no Congresso Nacional sobre a posição assentada em 2009. Na direção favorável à interpretação, o congresso aprova, já em 2011, uma reforma penal que insere o já mencionado art. 283 no Código de Processo Penal. Ou seja, o Legislativo federal parece querer cancelar a posição do STF ao, através da reforma processual penal, dar contornos legislativos à decisão do HC nº 84.078. Por outro lado, é o mesmo congresso que aprova, também em 2011, a Lei da Ficha Limpa. Esta

⁴³ BRASIL. STF. HC 84078, rel. min. Eros Grau. DJE 05.02.2009.

legislação consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado para fins de inelegibilidade.

A análise do quinto marcador do HC nº 84.078 é semelhante àquela realizada para o HC nº 126.292, vez que os textos constitucionais subjacentes a discussão são os mesmos. Ou seja, há de um lado um princípio da presunção da inocência com alta densidade normativa enquanto de outro se encontra o princípio da efetividade da lei penal com contornos constitucionais genéricos. A análise do último marcador é, no entanto, diversa da apurada na decisão de 2016. Em 2009 ainda não existia legislação processual penal que expressamente conformasse a impossibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal. Como vimos, tal mudança legislativa só veio em 2011. Por outro lado, vigia à época o art. 637 do CPP, que indicava que os recursos extraordinário e especial não eram dotados de efeito suspensivo. Esta norma parecia conformar o princípio da presunção da inocência de maneira a autorizar o cumprimento provisório da pena. O STF, no entanto, entendeu que este artigo deveria ser interpretado em conformidade com a Constituição.

A análise do conjunto dos marcadores do HC nº 84.079 parece ser ainda mais complexa do que a análise do HC nº 126.292. Enquanto os marcadores *ii*, *iii* e *v* parecem indicar que a norma do precedente seria certamente permitida pela Constituição, os marcadores *i* e *vi* direcionam no sentido de uma norma não evidentemente proibida. O marcador *iv* é de comportamento controverso, mas parece pelo menos indicar que a norma seria apenas possivelmente permitida pela Constituição de 1988. Entende-se que classificar a norma do HC nº 84.079 como *possivelmente permitida* é, inclusive, a melhor forma de avaliar a relação entre o precedente e a Constituição. Esta atribuição de força moderada parece ser capaz de captar as dificuldades que o precedente enfrentou para lidar com a reação dos poderes, com a própria postura do tribunal no momento de estabelecer a norma e com a legislação vigente ao tempo em que a norma fora fincada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo apresentou um modelo de argumentação que pretende racionalizar a superação de precedentes em situações nas quais cortes do presente tem dúvidas sobre o que a constituição obriga, proíbe ou faculta e, por consequência, está incerta se a decisão do passado resolveu corretamente uma colisão de direitos fundamentais. Para engendrar este modelo o capítulo se fiou em dois movimentos.

O primeiro movimento do artigo buscou compreender a autoridade das normas contidas nos precedentes constitucionais como um princípio formal: o princípio da *vinculação à autoridade do precedente constitucional*. Segundo esta formulação, o peso deste princípio dependeria do nível de certeza sobre o pertencimento de determinada norma precedental à zona de discricionariedade judicial concedida pela constituição. Quanto maior a probabilidade da norma de um precedente ser permitida pela constituição, maior deve ser a força vinculante que este precedente deve exercer no momento em que uma corte do presente reavalia a mesma colisão de direitos fundamentais.

O segundo movimento pretendeu elaborar marcadores para avaliar em que medida as normas de precedentes constitucionais são permitidas pela constituição. Estes

marcadores pretendem captar elementos que mensuram níveis de incertezas empíricas e normativas sobre a relação entre as normas dos precedentes e o conteúdo da constituição. Quando cortes do presente avaliam precedentes a partir dos marcadores, a ideia é que possam definir se tais normas são *certamente permitidas pela constituição*, *possivelmente permitidas pela constituição* ou *não evidentemente proibidas pela constituição*. O objetivo principal deste segundo movimento foi estabelecer critérios para definir em que medida um precedente se encontra mais ou menos inserido no espaço da discricionariedade epistêmica.

O artigo sustentou 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 empíricas para solucionar a questão jurídica rediscutida pela corte do presente. Com esta estrutura argumentativa desenhada, o trabalho propôs um confiável modelo argumentativo para definir quando precedentes devem ou não ser superados em cortes constitucionais.

A conjugação entre os dois movimentos moldou um arranjo capaz de vincular a classificação dos níveis de certeza sobre a relação entre precedentes e constituição à influência que os precedentes horizontais – enquanto princípios formais – exercem nas decisões do presente. Quanto maior a probabilidade da norma de um precedente ser permitida pela constituição, maior deve ser a força vinculante que este precedente deve exercer no momento em que uma corte do presente reavalia a mesma colisão de direitos fundamentais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2017.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **Icon**, v. 12, p. 511–524, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck. PEREIRA, Thomaz. A decisão de Celso de Mello e o respeito a precedentes. **Jota**. 05.07.2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/decisao-de-celso-de-mello-e-o-respeito-precedentes-stf-05072016>.

BURTON, Steven J. The conflict between Stare decisis and overruling in constitutional adjudication. **Cardozo Law Review**, v.35, p.1687-1703, 2014.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of precedent**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KLATT, Mathias. Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4, p. 195-226, 2015.

KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. **Michigan Law Review**, v.. 113, p.179- p.230, 2014.

MACCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert. Introduction. In MACCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Vermont: Aldershot-Asgate, 1997.

NEVES, Rafael. Pacote Anticrime de Moro ponto a ponto. Congresso em Foco. **Congresso em Foco**. 05.02.2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/pacote-anticrime-de-moro-ponto-a-ponto-veja-como-a-lei-e-hoje-e-o-que-pode-mudar>. Acesso em: 17 de novembro de 2019

PERRY, Stephen R. Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory. **South Carolina Law Review**, v.6, p. 913-994, 1989.

QUISPE, Jorge Alexander Portocarrero. El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidade. **Revista Derecho del Estado**, v.27, p. 75-102, 2011.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos fundamentais e liberdade legislativa, in CORREA, Fernando Alves et al (orgs.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, v..3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273 -301, 2011.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents, in MACCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Aldershot, Asgate, 1997.

Recebido em: 25/05/2021
Aprovado em: 19/12/2022